

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

JÚLIO VINÍCIUS SILVA LEÃO

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A MAXIMIZAÇÃO DE EFICIÊNCIAS
APLICADA AO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.**

B R A S Í L I A
2013

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

JÚLIO VINÍCIUS SILVA LEÃO

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A MAXIMIZAÇÃO DE EFICIÊNCIAS
APLICADA AO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
- UnB.

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes

B R A S Í L I A
2013

JÚLIO VINÍCIUS SILVA LEÃO

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A MAXIMIZAÇÃO DE EFICIÊNCIAS
APLICADA AO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Orientador: Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Mestrando. João Gabriel Lopes

Universidade de Brasília – UnB

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelos sacrifícios vivenciados em prol da minha formação, pela cumplicidade nos momentos de dificuldade, pela projeção dos sonhos em comum que me fez chegar mais longe e pelo amor inexprimível .

À Barbara Nogueira, por ser o motivo de todas as minhas aspirações.

Aos meus colegas, por compartilharem de um momento ímpar da minha vida, em especial: Leonardo Chaves, Lucas Faber e Daniel Guedes.

Ao Professor Othon de Azevedo Lopes pelo apoio e por sua virtude em se doar em prol do saber.

•

Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu [...] Eu sei que tudo quanto Deus faz durará eternamente; nada se lhe deve acrescentar, e nada se lhe deve tirar; e isto faz Deus para que haja temor diante dele.

Eclesiastes 3

Resumo

Contexto: o Estado constituído à luz da Carta magna de 1988 é um Estado Social Democrático, em que seus órgãos receberam a incumbência de atuar efetivamente, mediante o desenvolvimento de políticas públicas ativas e prestações positivas. Esse contexto desencadeou um novo Estado, menos abstencionista e mais intervencionista; trata-se do Estado Social.

Objetivo: identificar quais são os reflexos das decisões legais, sobre o ponto de vista da eficiência, na capacidade de maximizar o bem-estar social.

Abordagem Metodológica: discutir a importância das decisões jurídicas, à luz de uma abordagem econômica, capaz de influenciar o comportamento social. Identificar instrumentos típicos da ciência econômica que são utilizados para apurar as consequências que os dispositivos legais e as decisões jurídicas produzem sobre a sociedade.

Hipótese: A possibilidade de comunicação entre duas ciências sociais que apresentam discursos próprios e especializados, suggestionando uma via capaz de suplantar a rigidez das escolas dogmáticas e exegéticas do direito, por meio de uma aproximação interdisciplinar sobre casos empíricos, utilizando-se de métodos capazes de proporcionar a formação de um ambiente propício para o desenvolvimento técnico-científico legitimado pelo discurso jurídico.

Síntese Conclusiva: a comunicação entre o direito e ciências técnico-instrumentais permitem uma oferta de jurisdição mais sofisticada, atendendo os interesses de uma sociedade complexa e pluralista, que cada vez mais demanda por respostas mais especializadas. O raciocínio jurídico em consonância com outras técnicas científicas, como a economia, é capaz de projetá-las mais satisfatoriamente as expectativas da sociedade. Alcançando assim, maior eficiência e maior eficácia na prestação jurisdicional/regulação.

Palavras-chaves: Estado de Direito; Economia; Abordagem Econômica do Direito; *Law & Economics*; Direito da Concorrência; Antitruste; Regulação

Abstract

Context: the state constituted by the 1988 constitution is a Social Democratic State, where their organs were given the mandate to act effectively through the development of active public policies and positive benefits. This context has triggered a new state, less abstentionist and more interventionist, it is the welfare state.

Purpose: identify what are the consequences of legal decisions, on the point of view of efficiency, to maximize social welfare.

Methodological Approach: discuss the importance of legal decisions from the perspective of an economic approach, able to influence social behavior. Identify typical tools of economics that are used to determine the consequences of regulations and legal decisions on society.

Hypothesis: The possibility of communication between two social sciences that present themselves specialized discourses, suggesting a pathway capable of overcoming the rigidity of dogmatic schools of law, through an interdisciplinary approach on empirical cases, using methods capable to provide the formation of an auspicious environment for the development of legal technical-scientific discourse legitimated by law.

Conclusive Summary: communication between law and science allow the State to offer more sophisticated jurisdiction, serving the interests of a pluralistic and complex society, which increasingly demand more specialized responses. The legal reasoning in line with other scientific techniques, like the economy, is able to project them more satisfactorily to the social expectations. Thus achieving higher efficiency.

Keywords: Rule of Law, Economics, Economic Approach to Law, Law & Economics, Competition Law, Antitrust, Regulatory

Sumário

Introdução	10
<i>CAPÍTULO 1 - Abordagem empírica da análise econômica do Direito à luz da metodologia desenvolvida por Posner.....</i>	<i>15</i>
<i>CAPÍTULO 2 - Do conflito hermenêutico entre o raciocínio dogmático jurídico e a análise econômica do Direito.....</i>	<i>20</i>
<i>2.1 – Da abordagem metodológica na análise econômica direito e a sua proximidade com o direito concorrencial brasileiro.....</i>	<i>24</i>
<i>2.2 – A análise econômica do Direito encontra solo fértil para se desenvolver no Brasil na seara do Direito Concorrencial</i>	<i>26</i>
<i>CAPÍTULO 3 - A evolução da análise econômica do direito.....</i>	<i>30</i>
<i>3.1- Breve síntese do embate teórico entre as escolas de Havard e Chicago.....</i>	<i>32</i>
<i>3.2 Aspectos históricos e teóricos da Escola de Harvard.....</i>	<i>35</i>
<i>3.3 A escola de Harvard e a abordagem da regra “per se”.....</i>	<i>38</i>
<i>3.4 As críticas à escola de Harvard</i>	<i>40</i>
<i>3.5. O surgimento da teoria econômica da Escola de Chicago.....</i>	<i>42</i>
<i>3.6 A escola de Chicago e o desenvolvimento da regra da razão.....</i>	<i>44</i>
<i>3.7 Críticas à Escola de Chicago</i>	<i>45</i>
<i>3.8. A análise econômica do Direito sob um novo posicionamento pós-Chicago.....</i>	<i>47</i>
<i>3.9 Direito de Defesa da concorrência no Brasil e a institucionalização da abordagem “top down”.....</i>	<i>50</i>

<i>CAPÍTULO 4 – A consolidação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sua estrutura institucional.....</i>	<i>55</i>
<i>4.1. Atos de Concentração (Regulação de Estrutura do Mercado) - Análise Preventiva.....</i>	<i>57</i>
<i>4.2. Estudo de caso - uma análise crítica sobre o caso AMBEV.....</i>	<i>61</i>
<i>4.3 Análises econométricas e os pareceres das secretarias do SBDC.....</i>	<i>64</i>
<i>4.4 Condutas anticoncorrenciais Pós-fusão.....</i>	<i>70</i>
<i>Conclusão</i>	<i>73</i>
<i>Bibliografia.....</i>	<i>75</i>

Introdução

Pelos estudos constitucionais mais recentes, tem-se o entendimento de que a Constituição de 1988 tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. Portanto, após uma leitura sistemática do texto constitucional, pode-se concluir que todos os preceitos constitucionais devem ser interpretados adotando-a como marco referencial.

Assim, o constituinte originário ao criar um título de regras constitucionais (Título VII), que denominou "Da Ordem Econômica e Financeira", revela a sua pretensão de, juridicamente, fazer uma abordagem econômica sob a perspectiva da dignidade humana, por outras palavras, o ordenamento jurídico somente considerará legítima a atividade econômica que preserve a condição humana. Não é forçoso concluir que, o Estado reformulado pela Carta de 1988 é um Estado Social e Democrático, ou seja, seus órgãos devem atuar efetivamente, mediante o desenvolvimento de políticas públicas ativas e prestações positivas, no intuito de se obter uma sociedade em que prevaleça a igualdade material, assegurando a todos, no mínimo o necessário a uma existência digna.¹ Nesse sentido, podemos observar que a experiência brasileira se revela como a de um Estado intervencionista, conforme as palavras de Maria Paula Dallari.

A alteração na ordem jurídica que demanda essa nova conceituação provém da mesma fonte histórica, que é a formação do Estado intervencionista. Essa, embora tenha desenvolvimentos particulares em cada ordem jurídica nacional, pode-se demarcar a partir dos primeiros contratos de concessão de serviço público, no final do século XIX, de quando data, também, a primeira legislação antitruste, o Sherman Act, em 1890. Há um salto significativo na década de 1930, com o New Deal do governo Roosevelt e as políticas correspondentes em cada país (no Brasil, é o momento da industrialização), que irá desembocar nos chamados trinta anos gloriosos, que vão do fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, ao choque do petróleo, em 1974. Esse período do pós-guerra consagra o apogeu do Estado social, quando são formuladas as constituições que fornecem a matriz da Constituição brasileira de 1988 (embora o constitucionalismo brasileiro já viesse esboçando o caminho do Estado social desde 1934 e 1946).²(grifos nossos)

Pode-se afirmar que o conceito de Estado passou por mudanças drásticas, e que diversos acontecimentos econômicos passaram a exigir uma postura dos governos, políticas marcadas por um maior intervencionismo estatal capaz de proporcionar bem-estar social. O Estado deparou-se com a crise do liberalismo econômico, despertando, assim, a necessidade

¹ Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, é o do inciso III do art. 3.º da Carta Magna: Art.3º. "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"; diante deste cenário constitucional, afirma-se que é finalidade geral da ordem econômica, plasmada no art. 170, caput, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social").

² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 5.

da atuação do Estado na economia, de modo a sanar problemas que o *laissez faire* não era capaz de solucionar. Esse contexto desencadeou algumas medidas que implicaram uma mudança no papel do Estado perante a sociedade, tem-se o surgimento de um novo Estado, menos abstencionista e mais intervencionista; trata-se do Estado Social.

Ao falarmos em Estado Social, não podemos deixar de afirmar que nesse contexto a Constituição de 1988 claramente originou um Estado capitalista, em que pese a natureza compromissária da Carta Magna. Neste sentido, cumpre asseverar que é fundamento da República o valor social da livre-iniciativa (art. 1.º, IV), bem como são fundamentos da ordem econômica, dentre outros, a propriedade privada e a livre concorrência (art. 170, caput, e incisos II e IV).

Enfim, a Constituição de 1988, não fundou um Estado nos moldes do Liberalismo clássico, passou longe do Estado Abstencionista idealizado pelo economista Adam Smith, e sua "mão invisível", mas também não restringiu por completo a atividade econômica que visa o lucro. Sabe-se que o risco da atividade comercial permite com que o empreendedor aufera lucros, desde que sejam preservados os objetivos e princípios constitucionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Diante deste quadro, ressalta-se que a propriedade privada é tratada como princípio da ordem econômica, significando que é admitida a apropriação privada dos meios de produção, ou seja, que o Brasil é um Estado capitalista. A propriedade, entretanto, deve atender a sua função social.

Deste modo, pode-se observar que a Ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988 prevê e autoriza a intervenção do Estado no domínio econômico de variadas formas, sempre tendo como escopo possibilitar que a dignidade da pessoa humana seja preservada. Quanto aos fundamentos da livre-iniciativa esposados no caput do artigo 170, pode-se afirmar que a Carta Magna revelou o seu caráter social. Observa-se que o texto constitucional procura transmitir uma idéia de integração, de modo que assegura a livre-iniciativa, ao permitir a apropriação privada dos meios de produção e a liberdade de empresa, atividade esta que deve estar harmonizada com a concretização da justiça social.

Diante deste quadro, a livre concorrência se revela como uma exigência constitucional. Isso porque, em um ambiente no qual impere a dominação dos mercados pelo abuso de poder econômico, ter-se-á lucros arbitrários e concentração de renda, que não condizem com a realidade social idealizada pela Carta Magna. Além disso, a economia tende a ser menos eficiente, reduzindo de forma global a própria produção de riqueza. Essas

referidas distorções são incompatíveis com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput). Portanto, depreende-se do texto constitucional, que a Constituição Federal possui natureza dirigente, ou seja, estabelece expressamente os fins que devem ser perseguidos pelo Estado em toda a sua atuação. Sendo assim, o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros será reprimido na forma da lei (CF, art. 173, § 4.)³.

Ao falarmos de livre-concorrência, devemos observar que o referido artigo 170 da Constituição Federal também enuncia como princípio geral da ordem econômica a defesa do consumidor. Em síntese, pode-se afirmar que o fim perseguido por este artigo constitucional é revelar a hipossuficiência do consumidor face aos fornecedores de bens e serviços. Sendo que, nessa relação cabe ao Direito exercer um papel compensatório, trabalhar isonomicamente com essa desigualdade material, instituindo assim, uma desigualdade jurídica em favor dos hipossuficientes, mediante regras protetivas imperativas. Neste sentido observemos a manifestação de Seabra Fagundes.

*Hodiernamente as Constituições se têm desprendido da rígida concepção liberal do Estado, e, cedendo ao império das novas condições de vida, distendem o seu âmbito a todos os setores em que se faça precisa a ação equilibradora do poder público, no sentido de reger a vida coletiva não somente no seu aspecto político, senão também no econômico, e até no moral. [...] Assim sendo, a estrutura do Estado vai sendo submetida a notáveis experiências com o objetivo de torná-lo instrumento capaz de realizar, praticamente, um trabalho positivo de equilíbrio, na ordem política pelo fortalecimento da autoridade e na ordem econômica pela proteção ao trabalho e subordinação do capital aos interesses sociais [grifos nossos].*⁴

De fato, a Constituição de 1988 erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais do Estado brasileiro, representando o compromisso do legislador constituinte com a promoção do acesso da população a patamares de vida dignos. No entanto, ainda que sejam fundamentais, os direitos sociais possuem uma dinâmica de concretização diferenciada em relação aos direitos individuais, principalmente, por exigirem do Estado uma dinâmica de atuação positiva, incrementando sobremaneira os seus custos.⁵

³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁴ FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967. p. 15-16.

⁵ Sunstein e Holmes no livro "The Cost of Rights" demonstram que todos os direitos têm custos. SUNSTEIN, Causs e HOLMES, Stephen; The cost of rights. Cambridge: Harvard University. Press, 1999, p. 14-15.

Vale mencionar que o Estado atua em defesa da livre concorrência, não apenas mediante imposição de medidas sancionatórias contra os abusos, mas também preventivamente no âmbito de sua função fiscalizadora e regulatória, merecendo ser citada, em especial, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Diante desse permissivo constitucional de intervenção na economia com vistas a garantir o equilíbrio da concorrência, o presente trabalho pretende chamar a atenção para os mecanismos econômicos empregados pelo CADE, quando diante de um ato de concentração, que em regra está condicionado a apresentação de ganhos de eficiência para sua aprovação. Ao falarmos em eficiência, tem-se que em um primeiro momento o conselho deliberativo está analisando se a fusão irá possibilitar a utilização de determinada técnica que permita que a unidade produtiva opere próximo de seu rendimento máximo.

Ou seja, a operação apresentada ao conselho deverá demonstrar a geração de eficiências produtivas, tais como o uso mais racional das capacidades instaladas, permitindo a redução dos custos fixos, bem como de outros benefícios da operação que resultassem em minimização dos custos de produção. Além da eficiência produtiva, é possível também analisar as eficiências alocativas e distributivas⁶, que estão relacionadas a alterações, do ponto de vista estático, das condições de equilíbrio de mercados.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é revelar o que é abordagem econômica do Direito, e sob esta perspectiva analisar quais são os limites constitucionais para uma ação intervencionista no Sistema Econômico por parte do judiciário e de agências reguladoras, investigando quais têm sido os mecanismos processuais de controle e, ainda, como tem se dado a relação interdisciplinar entre as ciências jurídicas e econômicas.

Dessa forma, no primeiro capítulo será realizado um ensaio empírico, tomando-se como referência metodológica análises descritivas das tradicionais escolas da Law & Economics. Trata-se de uma tentativa pragmática, de modo que, diante de um caso concreto, seja possível demonstrar, ainda que sucintamente, como pode se revelar oportuno uma

⁶ “Eficiências alocativas estão associados a ganhos que propiciem o alcance do chamado ótimo de Pareto, isto é, quando ganhos de bem-estar de determinado indivíduo, ou grupo de indivíduos, não correspondem a perdas de bem-estar de outros indivíduos. Perdas de bem-estar, dadas as mesmas condições de produção e demanda, constituem-se em ineficiências alocativas. Eficiência distributiva, por sua vez, significa proporcionar maior equidade na distribuição de bem-estar”. Ato de concentração nº 08012.005846/99-12; Fundação Antonio e Helena Zerrenner -, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A. Voto Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva; página 61.

aproximação dialética entre Direito e Economia, e quais são as minúcias desse modo de raciocínio.

No capítulo 2 pretendemos evidenciar quais são os principais entraves no processo de comunicação entre ciências sociais que apresentam discurso próprio e linguagem especializada. Neste capítulo, trataremos dos limites, principalmente filosóficos, impostos pelo Direito nas tentativas de aproximação com as teorias econômicas.

No capítulo 3, destaca-se uma perspectiva histórica das tradicionais escolas que se empenharam durante décadas em um embate ideológico, na tentativa de desenvolver teorias econômicas do Direito que fossem satisfatórias aos anseios sociais e ainda que estivessem em consonância com a legalidade do processo legislativo.

Por fim, no capítulo 4, serão analisadas as características institucionais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), destacando-se como foi o seu processo de desenvolvimento, como tem sido seu posicionamento frente as demandas que lhe são postas, em especial, pretende-se trabalhar com um dos *hard cases* do conselho, qual seja, o famigerado ato de concentração que originou a AMBEV.

CAPÍTULO 1 - ABORDAGEM EMPÍRICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO - À LUZ DA METODOLOGIA DESENVOLVIDA POR POSNER.

O intuito deste primeiro capítulo, especificamente, é o de revelar por meio de um ensaio empírico como se dá uma abordagem interdisciplinar entre o Direito e a Economia. Este tem sido o modelo de abordagem desenvolvido pelas escolas que adotam o “*Law & Economics*” (Análise Econômica do Direito), ensaios similares a este, ressalvadas as devidas proporções, são realizados por estudiosos como Posner, desde à década de 1970, envolvendo temas caros ao *Common Law*, com uma característica eminentemente descritiva, com o intuito de revelar a possibilidade de comunicação entre duas grandes ciências sociais, o Direito e a Economia.

Trazendo essa metodologia para um quadro contextualizado e próximo da realidade brasiliense, pode-se afirmar que um problema social de fácil constatação para os moradores do Distrito Federal é o grande número de travessias de pedestres na via popularmente chamada de Eixo⁷, avenida de alta rolagem que corta o centro da cidade, sendo que frequentemente essas travessias acabam por resultar em acidentes fatais.⁸ Quanto a este fato, revela-se interessante o registro encontrado no estudo em destaque abaixo:

“As passagens inferiores para pedestres ao longo do Eixo Sul ficaram muito tempo abandonadas - o tráfego, ainda pouco denso, não estimulava seu uso e só nos anos 70, depois de recuperadas e iluminadas, começaram a ser procuradas pela população; no entanto, a falta de segurança à noite ainda afasta as pessoas, levando-as à travessia perigosa da pista central. Um outro fator contribuiu também para reduzir a utilização das passagens: o deslocamento das paradas de ônibus para as entrequadras, afastando-as das travessias de pedestres, que ficam próximas aos comércios locais; tal alteração decorreu provavelmente da duplicação das tesourinhas. No Eixo Norte, apesar de abertas desde a inauguração da cidade, as passagens estão até hoje completamente abandonadas e cheias de terra.”⁹

No período de 2000 a 2006, ocorreram 806 acidentes de trânsito com vítimas no Eixo Rodoviário. Esses acidentes foram responsáveis por 86 vítimas fatais, sendo 66 pedestres, 2 ciclistas e 18 demais condutores e passageiros. Somente no ano 2006, ainda com dados preliminares do DETRAN/DF, foram 15 vítimas fatais no Eixo Rodoviário,

⁷ O Eixo Rodoviário - DF-002 constitui uma rodovia urbana com três faixas de tráfego por sentido, 13,8 km de extensão e limite de velocidade de 80 km/h. Implantada no sentido Norte/Sul, é considerada uma via de trânsito rápido e popularmente denominada “Eixo”. De acordo com o Decreto “N” n.º 596 de 08 de março de 1967 esta pista é oficialmente denominada de Eixo Rodoviário Norte-ERN e Eixo Rodoviário Sul-ERS.

⁸ Departamento de Trânsito do DF (Detran-DF) revelou que, nos últimos dez anos, foram pelo menos 98 acidentes com vítimas fatais na rodovia. Os dados do Detran-DF revelam que a média chega a aproximadamente um acidente com vítima fatal por mês. Dados disponíveis em publicação oficial do departamento de trânsito, junto aos sítio <http://www.sindaf.org.br/website/component/content/article/1-ultimas-noticias/5326-numero-de-mortes-no-eixao-impressiona>; Acesso em fevereiro de 2013.

⁹ Costa, Lucio. Brasília 57-85: do plano-piloto ao Plano Piloto. GDF/SVO/DAU : TERRACAP /DITEC, 1985

sobressaindo-se os pedestres, com 12 mortes, significando 80% do total de ocorrências fatais. Para cada vítima fatal no Eixo Rodoviário, 12 pessoas ficaram feridas em acidentes de trânsito naquela rodovia no período considerado. Desses feridos, 555 foram condutores (17 ciclistas, 182 motociclistas e 356 condutores de automóveis). Os passageiros responderam por 286 ocorrências, enquanto 197 pedestres ficaram feridos devido aos atropelamentos.¹⁰

Analisando, especificamente, este problema, os dados materiais acima em destaque e as possíveis lides decorrentes deste fato social, pode-se afirmar que, por vezes, familiares de vítimas que incorrerem em óbito, ou ainda, indivíduos que foram acometidos por lesões físicas permanentes, acabam por pleitear em juízo compensação pecuniária¹¹ pelos danos sofridos, que podem ser de natureza material, moral e estética. Nestes casos, comumente, os autores (vítimas) alegam que o motorista estava dirigindo em alta velocidade, de maneira descuidada e imprudente, sendo que se estivesse dirigindo com mais cautela e na velocidade da via o acidente poderia ter sido evitado. Nesses casos, observemos quais tem sido as condenações proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. PEDESTRE. ATROPELAMENTO. LESÕES GRAVES. FUNÇÃO LOCOMOTORA. AFETAÇÃO. INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. FATO DE TERCEIRO. NÃO COMPROVAÇÃO. VÍTIMA. PENSIONAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA. EXERCÍCIO. COMPROVAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. LESÕES E DEFORMIDADES PERMANENTES. DANOS ESTÉTICOS E MORAL. CARACTERIZAÇÃO. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. FIXAÇÃO. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO. INVIABILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA.[...] Apurado que as lesões derivadas do acidente afetaram a capacidade laborativa da vítima, ensejando-lhe incapacitação parcial permanente, **a indenização proveniente do sinistro, além do reembolso das despesas comprovadamente realizadas com o custeio do tratamento da lesada, compreende alimentos compensatórios vitalícios**, que, derivados do ilícito que a vitimara, não dependem da comprovação de que exercitava atividade laboral, estando condicionados apenas à evidenciação de que efetivamente as lesões que a afligira ensejaram-lhe incapacitação, afetando sua capacidade e obstando que guarneça suas próprias despesas e desenvolva normalmente suas atividades cotidianas. 07. **As sequelas de natureza permanente originárias do acidente, impregnando no corpo da vítima cicatrizes indeléveis e deformidades incuráveis, ensejam a caracterização do dano estético**, pois, comprometendo sua aparência, acarretam-lhe, além de debilidade física, sentimento

¹⁰ Dados obtidos em "ESTUDO DE SEGURANÇA DE PEDESTRES NO EIXO RODOVIÁRIO RELATÓRIO FINAL", Brasília, publicado em julho 2007. Disponível em <http://iabdf.org.br/>, aceso em fevereiro de 2013.

¹¹ O custo econômico dos acidentes no período de 2000 a 2006 no Eixo Rodoviário foi de R\$ 24.742.272,00, considerando-se os 806 acidentes com vítimas e a metodologia do IPEA* para estimar os custos de acidentes. Somente com relação aos pedestres, o valor econômico é de R\$ 13,0 milhões no período, o que resulta numa média bastante elevada de R\$ 1,9 milhões ao ano.

de descontentamento e inferioridade por ter sua aparência comprometida, legitimando que lhe seja conferida justa compensação como forma de amenização dos efeitos que a afligem. ¹²[grifos nossos]

INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PREVISIBILIDADE. PROVA. - **A travessia do Eixo Rodoviário (EIXÃO) por pedestres é fato corriqueiro perfeitamente previsível. - A visibilidade dificultada pela iluminação do local, em razão de sua amplitude, é circunstância a exigir cautelas maiores à evitação de acidentes, previsíveis aos que pelo local trafegam.** - A interpretação fática pelos danos materiais do automóvel atropelador e pelo local do repouso final da vítima, colhidos pela perícia, conduzem, no caso, à responsabilidade do motorista. ¹³[Grifos Nossos]

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA PÚBLICA. LOCAL IMPRÓPIO PARA TRAVESSIA DE PEDESTRES. CULPA DO VITIMADO. EXCESSO DE VELOCIDADE DO ATROPELADOR. RESPONSABILIDADE PELO AGRAVAMENTO DO RESULTADO. VALOR INDENIZATÓRIO. LIMITE. CAPACIDADE FINANCEIRA DO CONDENADO. DANO MORAL. DIES A QUO. DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. APELOS IMPROVIDOS. **É responsável pelo próprio atropelamento o pedestre que tenta cruzar via de tráfego intenso - BR -, deixado de observar o momento oportuno para atravessar a rodovia.** Contudo, o condutor do veículo atropelador que dirige em alta velocidade deverá responder pelo agravamento do dano causado. Na fixação do valor indenizatório levar-se-á em consideração tanto a gravidade do dano como a capacidade financeira do seu responsável. O *dies a quo* para a incidência de juros moratórios e correção monetária sobre a indenização dos danos morais é a data da publicação da sentença, já que o i. julgador leva em conta o valor devido no momento da fixação. Se este não fosse o entendimento, incidiria em duplicidade a atualização do valor indenizatório. ¹⁴[Grifos Nossos]

Como pode se observar dos julgados em destaque, em regra, as decisões da jurisprudência pátria são tomadas levando-se em consideração apenas a fundamentação jurídica, ou seja, uma vez constatado que o motorista, de fato, estava imprimindo velocidade acima do permitido, e ainda que, o pedestre está em condição de hipossuficiência física face ao porte do veículo, o motorista poderá ser condenado ao pagamento de indenização, ainda que o pedestre tenha praticado, assim como o motorista, um comportamento igualmente imprudente e reprovável socialmente.

Comumente, os condutores imprudentes são condenados a pagar, além da indenização moral e material por perdas e danos, uma pensão mensal aos familiares dependentes, desde o evento danoso até o momento em que o falecido completasse 65 anos. Ou seja, tem-se uma condenação elevada do ponto de vista pecuniário. Dos julgados colacionados acima, observemos um trecho do voto que se revela bastante intrigante, que

¹² (Acórdão n.649975, 20110910075077APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Publicado no DJE: 04/02/2013. Pág.: 258)

¹³ (Acórdão n.77199, APC3479195, Relator: EVERARDS MOTA E MATOS, Revisor: JOAO MARIOSI, 4ª Turma Cível, Publicado no DJU SECAO 3: 21/06/1995. Pág.: 8)

¹⁴ (Acórdão n.212602, 20030110840480APC, Relator: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Publicado no DJU SECAO 3: 05/05/2005. Pág.: 59)

pode nos fazer pestanejar quanto ao conceito de justiça aplicada ao caso, segue trecho destacado de um dos votos:

Dos elementos probatórios acima destacados verifico verossímil a tese da ré-apelante quanto à conduta do vitimado ter dado azo ao seu atropelamento. Afinal, conforme o laudo pericial (fls. 69 e 84), a colisão ocorreu entre as faixas de trânsito da direita e da esquerda da DF-003, denotando estar o atropelado no interior da área de tráfego de veículos, local nitidamente inadequado para um pedestre, sendo, portanto, dele a culpa pelo atropelamento por ele sofrido. A despeito disso, entendo merecer censura o comportamento da ré-apelante. No convívio social, ao cidadão cabe seguir padrões mínimos de comportamento, necessários à viabilização da paz social. In casu, a ré-apelante, apesar de poder não ter dado causa ao acidente, objeto da contenda, conduzia seu veículo de forma imprudente, a 110 Km/h (fl. 68), velocidade incompatível com a da via em que trafegava (80Km/h / fl. 67), determinando nítido agravamento ao sinistro.[grifos nossos]¹⁵

O questionamento que se levanta aqui, com o intuito de problematizar o caso posto, é que o pedestre pode ter assumido o risco de ser atropelado¹⁶. De forma empírica, pode-se observar que o Estado Juiz no caso em destaque se preocupou em empregar sanções contra o Motorista imprudente, embora ambos envolvidos no acidente fossem igualmente culpados. Diante deste conflito jurídico, como ponderar qual direito seria o melhor, ou quem, teria a melhor razão? Por vezes, esta resposta é impossível de ser alcançada, tomando-se por base apenas o conceito de Justiça, ou princípios éticos. Nestas ocasiões, pode ser necessário que o Estado se valha de instrumentos racionais e lógicos para alcançar uma resposta que seja capaz de gerar em maior grau bem estar social.

Sendo assim, revela-se oportuna a referência à instrumentalidade econômica apta a auxiliar o ato de proferir decisões jurídicas, ou ainda, reformular o próprio ordenamento jurídico. Do ponto de vista consequencialista, os condutores que tomarem ciência de que poderão ser responsabilizados com altas indenizações, inclusive de natureza vitalícia (pensionamentos), provavelmente passarão a ter um comportamento mais cauteloso ao volante, ou seja, esta decisão jurídica seria eficiente, uma vez que capaz de alterar condutas sociais.

Levando em consideração apenas os casos colocados em destaque, pode-se observar empiricamente que a decisão jurídica que preza pela responsabilização do motorista,

¹⁵ (Acórdão n.212602, 20030110840480APC, Relator: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, Publicado no DJU SECAO 3: 05/05/2005. Pág.: 59)

¹⁶ Apesar da existência das passagens subterrâneas, o cruzamento do Eixão, forte barreira urbana, por pedestres tem ocasionado crescente número de acidentes fatais. No início da Asa Sul, as tentativas de impedir o cruzamento de pedestres com alambrados ou plantas espinhosas foram infrutíferas. Há rejeição ao uso das passagens subterrâneas originais, devido à falta de manutenção, iluminação e segurança, em especial, à noite. Informações disponíveis em http://www.sedhab.df.gov.br/arquivos/PPCUB/purp_ap2/ap2_up1_eixo_rodoviario-residencial.pdf; acesso em fevereiro de 2013

ao invés do pedestre, pode ter sido considerada a que tenha maior aptidão em gerar eficiência, uma vez que está diretamente ligada a um fim factível de evitar acidentes de atropelamento, ou seja, uma mudança em um comportamento social. Ressalte-se que esta hipótese é levantada a luz de uma metodologia meramente descritiva, decorrente da observação de decisões condenatórias. Caso haja, de fato, uma alteração na conduta, pode-se afirmar que as decisões foram aptas a maximizar o bem estar social, ainda que não tenham sido *standards* de promoção da justiça, é nesse sentido caminha o estudo em destaque abaixo:

***In order to reduce accidents at the lowest cost, incentives have to be imposed on those individuals who are in the best position to reduce accidents at the lowest cost.** But in any particular lawsuit it is always an open question whether the parties to the suit include the individual or individuals in the best position to reduce accidents at the lowest cost. That is, taking seriously the goal of optimal deterrence at least invites us to consider whether limiting the allocation-of-loss decision to particular injurers and victims is the best alternative. Clearly, it is not the only alternative.¹⁷(grifos nossos)*

Como observado pelo trecho em destaque, trata-se de uma otimização dos *trade offs*. É certo que, nesse intuito, a Economia pode fornecer, com base em uma teoria científica, dados para prever os efeitos das sanções legais sobre a sociedade. Isso porque, as pessoas respondem às sanções legais, assim como respondem aos preços. Neste sentido, observemos:

[...]Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analyzing the effects of prices on behavior. [...]Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense.¹⁸

Portanto, do ponto de vista da Economia, a questão é relevante, pois a forma como será decidida determinada lide influenciará em comportamentos futuros, podendo conferir incentivos para que a sociedade como um todo altere seu comportamento de forma a prevenir acidentes, principalmente, se deles decorrerem implicações pecuniárias.

O que se pretende polemizar com este estudo, é que decisões jurídicas como as que foram destacadas invocam fundamentos estritamente jurídicos, normalmente, o Código Civil¹⁹, para fazer crer que o motorista responde mais gravemente pelos seus atos que o

¹⁷ Jules L. Coleman, The Costs of The Costs of Accidents, 64 MD.L.REV. p.346 (2005)

¹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 3rd ed. Reading, Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p.3

¹⁹ **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito;

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

pedestre, em que pese ambos tenham assumido o risco e praticado condutas igualmente reprováveis. Portanto, fica claro que o Judiciário, por vezes, utiliza-se implicitamente da lógica econômica para tomada de decisões, contudo esta fundamentação econômica é omitida. Neste ponto, pode-se levantar uma outra hipótese, a de que o tradicional raciocínio jurídico pátrio considera as abordagens econômicas desprovidas de conteúdo moral, ou seja, uma fundamentação meramente econômica poderia contrariar o senso social de justiça, nesse sentido observemos manifestação de Posner:

The economic approach to law is criticized for ignoring “justice.” One must distinguish between the different meanings of this word. Sometimes it means distributive justice, the proper degree of economic equality – and sometimes it means efficiency. We shall see, among other examples, that when people describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without just compensation, or failing to make a negligent automobile driver answer in damages to the victim of this negligence, they mean nothing more pretentious than that the conduct wastes resources (see further §8.8 infra). Even the principle of unjust enrichment can be derived from the concept of efficiency (§4.14 infra). One should not be surprised that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral.²⁰

No presente trabalho, tem-se a tentativa de delinear um quadro sugestivo para discutir a importância das decisões jurídicas, à luz de uma abordagem econômica, capazes de influenciar o comportamento social. Neste sentido, faz-se relevante identificar instrumentos típicos da ciência econômica que são utilizados para apurar as consequências que os dispositivos legais e as decisões jurídicas produzem sobre a sociedade, e ainda, quais são os reflexos das decisões legais, sobre o ponto de vista da eficiência, na capacidade de maximizar o bem-estar social.

CAPÍTULO 2 - DO CONFLITO HERMENÊUTICO ENTRE O RACIOCÍNIO DOGMÁTICO JURÍDICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Pretende-se, neste segundo capítulo, de forma cautelosa demonstrar quais são as implicações positivas de se utilizar os instrumentos da ciência social Economia em abordagens jurídicas, revelando os possíveis embates com o tradicional raciocínio jurídico, sem contudo, fazer uma aproximação forçada. Nesse sentido, inclusive, faz-se referência as

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. **Art. 949.** No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. **Art. 950.** Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofre.

²⁰ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7: Harvard University, ed., New York: Aspen Publishers, 2007a. p. 26-27.

primeiras obras de Posner que suscitaram na Academia grande espanto, manifestado por meio de diversas críticas, em razão de suas ponderações altamente racionais e econômicas, e ao mesmo tempo, dotadas de um aparente esvaziamento moral, sobre as críticas o próprio autor se manifestou anos mais tarde:

Economic analysis of law has aroused considerable antagonism, and not only among academic lawyers who dislike the thought that the logic of the law might be economics. A recurrent criticism is that the normative underpinnings of the economic approach are so repulsive that it is inconceivable that the legal system would embrace them, since law reflects and enforces fundamental social norms. (Posner, 2007a, p. 26)

Em que pese este impasse filosófico, não restam dúvidas de que a análise econômica do direito por ser uma abordagem interdisciplinar, ao reunir dois campos de estudo permite uma maior compreensão de ambos. A economia pode ajudar a perceber a lei de uma maneira nova, o que se revela extremamente útil para os interesses envolvidos em decisões judiciais, principalmente, quando a missão de se "dizer o direito" se confunde mais com a missão de criar o direito para o caso sub judice, um exercício de manifestação política do Estado-Juiz.

Depreende-se dos estudos da *Law & Economics* a defesa da análise econômica como uma teoria instrumentalista, ou seja, o Tribunal ao analisar cada litígio, em razão de demandas individuais, poderá promover objetivos globais e coletivos. Sendo assim, sob a visão econômica, os tribunais são capazes de modo concreto a promover eficiência, a maximização de riquezas, a promoção de bem-estar social, a ponderação entre o menor custo social de um *trade off*, sendo que, a missão teleológica de se alcançar justiça estaria no processo democrático legislativo:

Promoting social goals like efficiency requires gathering a good deal of empirical information, and we tend therefore to think of courts as lacking the tools, let alone the proper authority, to act as advocates of efficiency. In contrast, the prevalent pretheoretical intuition is that courts, in part because they are essentially unaccountable, nondemocratic institutions which do not seek out issues or goals to promote or advance, are best left to adjudicate claims brought to them by particular litigants and framed in terms of the interests of the litigants alone. In short, our intuitions regarding the comparative advantages of courts and legislatures are exactly the opposite of what the economic analysis claims they are. For, unlike the economist, the common view is that promoting human welfare is the comparative advantage of legislatures, while doing justice between persons is the comparative advantage of courts. (COLEMAN, 1984, p.677-678).21

²¹ COLEMAN, Jules L. Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. *Ethics*, p. 661-679, Jul. 1984

Sob esta abordagem econômica, pode-se observar que é feita a ponderação dos diferentes valores na sociedade, contudo esses valores precisam ser expressos em uma unidade comum de referência, sendo que sob uma perspectiva axiológica é construída uma idéia de “bem”, esta idéia de "bem" passa a reger o coletivo. Sendo assim, o conceito de “bem” seria alcançado por meio da maximização desses diferentes valores, neste ponto, para a análise econômica do Direito a idéia de "bem" já esteve atrelada à maximização de riquezas, a maximização de bem-estar social, ou ainda, de um modo genérico à maximização de eficiência considerando a sua natureza distributiva.

Com base em uma tentativa de estabelecer uma unidade comum de referência entre os valores, pode-se trazer o entendimento de que os valores podem ser ordenados hierarquicamente, à partir de uma valoração, ou seja, a aplicação de um critério de unidade comum. O objetivo dessa teoria seria facilitar o julgamento de casos que envolvem ponderação de direitos, sendo que seria convencionada a importância de um determinado valor moral a partir dos seus reflexos sociais, neste sentido observemos a manifestação a seguir:

O número de unidades fornece uma medida comum de análise do conflito axiológico que, assim, também não passa de mera aparência. O utilitarismo hedonista de Jeremy Bentham exemplifica o modus operandi dessa perspectiva. De acordo com o filósofo inglês, o meio de comparação entre os vários valores é o prazer: um valor é melhor que o outro na medida em que traz como resultado mais prazer. Quanto mais prazer for gerado por um determinado valor, melhor ele é. Avaliar a melhor acomodação entre os valores pressupõe, assim, uma avaliação prévia a respeito de qual ajustamento é capaz de gerar mais prazer. (ALMEIDA, 2008, p. 497).

Em atenção ao trecho em destaque acima, pode-se afirmar que a hermenêutica pós-positivista jurídica está atrelada ao conceito axiológico fundamental em que há uma inerente relação de dependência do direito e a moral social de determinada comunidade. Sob essa abordagem, é possível encontrarmos inferências sobre a idéia de "bem". Contudo, a crise dessa abordagem axiológica é possível de ser observada no Direito pós-moderno, diante de uma sociedade que manifesta pluralidade de valores, pois não existe um único valor comum da idéia do "bem".

Conforme pode se depreender do trecho em destaque, a Teoria Axialógica do Direito parte do pressuposto da existência de valores fundamentais que são compartilhados por todos os membros da sociedade, como se a comunidade possuísse valores morais estabilizados e comuns. Ocorre que este entendimento axiológico, parte de premissas, que são de difícil aceitação em uma sociedade complexa e pluralista, que convive com a diversidade

de interesses. Sendo assim, diante de uma realidade plural, seria inevitável uma tentativa de estabelecer critérios de preponderância entre os valores existentes, ou seja, situações em que um dos valores deve preponderar em relação aos demais. Nesse sentido, o autor afirma que : "*[...] no contexto contemporâneo em que não há consenso sobre os valores relevantes na nossa vida social. As sociedades democráticas contemporâneas são pluralistas e simplesmente não existem valores substantivos compartilhados por todos e capazes de guiar nossa vida tanto em uma perspectiva individual quanto coletiva*".(ALMEIDA, 2008,P.502).

Com base no entendimento explanado logo acima, seria bem dificultosa a tentativa da aplicação exclusiva e imediata de um raciocínio lógico econômico para a solução de conflitos, isso porque os cidadãos na sociedade complexa e plural não compartilham dos mesmos valores. Sendo assim, a escolha de valores que melhor atendem a sociedade seria sempre uma atitude arbitrária, pois fatalmente haveria incompatibilidade entre os valores de um ou mais indivíduos.

Em breve síntese, com o interesse de se defender a possibilidade da abordagem econômica do Direito, tem-se nos estudos de Alexy a afirmação de que os princípios representam mandatos de otimização, de forma que, sendo observada a existência de colisão de princípios, o processo de otimização consistiria em uma busca do menor sacrifício possível dos princípios envolvidos. Portanto, é possível cogitar uma fundamentação jurídica que tenha como norte a busca de uma decisão eficiente, principalmente, se o diploma jurídico em que se fundamenta a decisão apresentar função teleológica que legitime o discurso econômico, oportunidade em que se revela conveniente citar o conceito de "ordens brandas" dada por Alexy:

*[...] É possível dizer, em geral, que não é possível uma fixar uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão jusfundamental em todos os casos de uma maneira intersubjetivamente obrigatória. Contudo, a impossibilidade de uma ordem "dura" deste tipo não diz nada acerca da possibilidade de ordens mais "brandas" e, desde logo, nada contra o conceito de ponderação. Ordens brandas podem surgir de duas maneiras: (1) através de preferências prima facie a favor de determinados valores ou princípios e (2) através de uma rede de decisões concretas de preferências. Uma ordem branda dos valores de direitos fundamentais relevantes é obtida quando, por exemplo, se supõe uma carga de argumentação em benefício da liberdade individual ou da igualdade ou em benefício de bens coletivos. Uma ordem branda através de uma rede de decisões concretas de preferência surgiu como consequência da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambos estão estreitamente vinculados com o conceito de ponderação.*²²

²² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,2002. (Colección El derecho y la justicia.) - p. 157.

Partindo-se da tentativa de viabilizar o uso das teorias econômicas, há que se destacar, que sob uma abordagem exclusivamente econômica do Direito, a idéia do "bem" só é possível de ser alcançada se ela contemplar em maior grau a coletividade, ou seja, não é admissível considerar como eficiente uma decisão que contemple o indivíduo em detrimento dos demais interesses da coletividade. Nesse sentido, poderíamos ter um evidente conflito entre as diretrizes constitucionais de valorização do indivíduo e da dignidade humana e os estudos da escola *Law & Economics*, uma vez que esta última defende que os juízes devem instruir suas decisões de modo que a coletividade seja contemplada, portanto, tem-se uma premissa que implicaria em fazer escolhas estratégicas no ato de julgar que pudesse garantir o "bem-estar" ao maior número de pessoas, em detrimento de minorias.

2.1 - DA ABORDAGEM METODOLÓGICA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA PROXIMIDADE COM O DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO.

Em um artigo publicado em 1992, Richard Posner diferencia duas espécies de “raciocínio jurídico” como preâmbulo metodológico à sua análise sobre a questão dos “direitos constitucionais não expressos”, a saber, o raciocínio “top down”, e o “bottom up”:

In top-down reasoning, the judge or other legal analyst invents or adopts a theory about an area of law –perhaps all law –and uses it to organize, criticize, accept or reject, explain or explain away, distinguish or amplify the existing decisions to make them conform to the theory and generate an outcome in each new case as it arises that will be consistent with the theory and with the canonical cases, that is, the cases accepted as authoritative within the theory. The theory need not be, perhaps never can be, drawn ‘from’ the law; it surely need not be articulated in lawyers’ jargon. In bottom-up reasoning, which encompasses such familiar lawyers’ techniques as ‘plain meaning’ and ‘reasoning by analogy’, one starts with the words of a statute or other enactment, or with a case or a mass of cases, and moves from there (...) The top-downer and the bottom-upper do not meet.²³

Quando Posner teve a pretensão de elucidar sobre essas duas abordagens teóricas passíveis de serem encontradas no discurso jurídico, estava discorrendo sobre a interação de análises indutivas, abduativas ou analógicas, à partir da agregação de observações isoladas de comportamentos dos agentes que exercem influência relevante em processos de aplicação do direito. Merece ressalva o fato de que o seu trabalho foi formulado à luz das experiências do *common law*.

As diferenças entre teorias normativas *top-down* e *bottom-up* podem ser simplificadas se trabalharmos com a hipótese de separação entre métodos dedutivos e não-

²³ Posner, “Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), pp. 433-450

dedutivos, em uma relação intercalar constante. Sendo assim, elementos de uma abordagem se tornam preponderantes em maior ou menor grau à análise de sentido dos textos de direito positivo *prima facie* aplicáveis. Neste sentido, manifestou-se o professor Luis Fernando Schuartz: "*uma determinada teoria será tanto mais top-down quanto maior for a predominância de elementos dedutivos, e menor for o peso da análise do sentido dos textos de direito positivo aplicáveis, na aquisição de seus critérios normativos*".²⁴

Em seu artigo, o professor Schuartz afirma que teorias do direito do tipo *bottom-up* são mais dominantes em nossas escolas de direito. Isso porque a formação nacional dos juristas está mais vinculada às concepções normativas vigentes a respeito dos modos de produção do direito, em particular, aos processos mais amplos de sua positivação e de configuração de hierarquias quanto às suas “fontes” produtoras. Pode-se concluir pela crítica feita pelo professor Schuartz, que no ordenamento jurídico pátrio há uma certa primazia concedida à dogmática jurídica positiva, que enfatiza a exegese de textos legais usando um conjunto de “cânones” hermenêuticos bem estabelecidos e a reconstrução de conceitos e institutos jurídicos a partir de processos de classificação e abstração.

Contudo, o estudo do Direito da Concorrência trabalha com diversos conceitos de outras áreas do conhecimento, principalmente a economia, que de certa forma, escapa da tradicional formação dos juristas. Além disso, o *modus operandi* do Direito, por meio de seus instrumentos processuais, caso fosse aplicado isoladamente, levaria a um tipo de estudo inadequado para o desenvolvimento das teorias antitruste. Nessa linha de raciocínio, é possível depreender, também, que a perspectiva que embasa a atividade do antitruste deve envolver o conceito de *tradeoff*, ou seja, a idéia de que, dada a escassez de recursos, o *decision maker* ao decidir um caso sobre transações econômicas, deve ter visão ampla das consequências econômicas e, conseqüentemente, preocupação de como o mercado irá reagir de forma a cumprir sua decisão.

Quando Posner faz sua explanação sobre o que seria uma estratégia *top-down* de solução de problemas jurídicos, parte do pressuposto de que os juristas não se restringiriam a usar os modos normativamente reconhecidos de criação do direito, mas poderiam ir além. Sendo assim, deixou bem evidente em seus trabalhos que a estratégia *top-down* de julgamento

²⁴ Schuartz, Luis Fernando; A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Acessível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>.

pode harmonizar conjuntos de textos legais com julgados para fins de aquisição das premissas normativas a serem utilizadas nas decisões dos casos concretos. Portanto, a adoção da estratégia *top-down* pode acabar por negar como fonte de direito as normas convencionais. A rigor, pode-se dizer que o trabalho elaborado por Posner tem um caráter descritivo, ou seja, é decorrente da descrição de modos de decisão com base em casos concretos. Nesse sentido, cumpre ressaltar que, o esboço da teoria *top-down* tem natureza explicativa, inclusive, quando afirma que os juízes do *common law* norte-americano decidiriam como se buscassem maximizar a riqueza agregada.

Fazer referência a abordagem *top-down*, revela-se como uma diretriz essencial para compreender a abordagem metodológica empregada ao Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil. Isso porque, a estratégia decisória *top-down* permite com que às convencionais premissas normativas sejam transpassadas, ou seja, pode-se buscar uma interdisciplinaridade ao lançar mão dessa estratégia decisória. Portanto, ressalta-se que a abordagem *top-down*, bem diversa das teorias convencionais pátrias, tem sido utilizada como fonte decisória no antitruste brasileiro, sendo que a sua consolidação neste nicho está diretamente atrelada com sua capacidade de criar padrões nos processos decisórios.

Sobre este tema, o entendimento do professor Schuartz²⁵ é o de que a estratégia decisória *top-down* encontrou solo fértil para o seu cultivo em um nicho jurídico específico, o direito de defesa da concorrência, pois foi capaz de viabilizar a cristalização dos padrões e rotinas.

CAPÍTULO 2.2 - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENCONTRA SOLO FÉRTIL PARA SE DESENVOLVER NO BRASIL NA SEARA DO DIREITO CONCORRENCIAL.

O termo “concorrência” aparece pela primeira vez na Constituição Federal, no título que versa sobre “Ordem Econômica e Financeira”. Neste ponto, pode-se dizer que, o artigo. 170 da Carta Magna ao fazer referência ao termo “livre concorrência”, revela-o como um dos princípios da ordem econômica constitucional. Pela leitura do dispositivo normativo, pode-se inferir que pelo poder originário constitucional foi outorgado ao Estado Brasileiro a autonomia de interferir na economia, de forma direta ou indiretamente. No primeiro caso, o próprio Estado atua na economia, quer por meio de monopólio, quer por meio de participação nas empresas do setor privado. Já no segundo, a atuação é, como o próprio nome diz, indireta,

²⁵ Schuartz, Luis Fernando; A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência, página06 . Acessível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>.

cumprindo o Estado o papel de regulador, favorecendo a livre-concorrência e evitando os abusos do poder econômico.

Neste sentido, o artigo 173 da Carta Magna revela uma espécie de subsidiariedade da atuação direta do Estado na Economia, ou seja, este somente atuará, por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, seja necessário.²⁶ Sendo assim, para dar efetividade a esses dispositivos constitucionais, a Lei 8.884/94²⁷ transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Com base no texto da antiga lei, já revogada, cabe ao CADE exercer o controle da atuação econômica das pessoas jurídicas, apreciando os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (art. 54 da Lei 8.884/94)²⁸.

O art. 170 proclama a “livre concorrência” como um dos princípios da ordem econômica constitucional, sendo que a menção à livre concorrência enquanto princípio jurídico reaparecerá no art. 1º da Lei 12.529/2011, que dispõe, precisamente, sobre a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.”²⁹ De acordo com o art. 1º da referida Lei, a livre concorrência é um dos ditames constitucionais a orientar as referidas prevenção e repressão, ao lado da liberdade de iniciativa, da defesa dos consumidores, da função social da propriedade e da repressão ao abuso do poder econômico. Adiante, pode-se encontrar no texto legal a expressão do artigo 36, que introduz o conceito de “infração contra a ordem econômica”, trata-se de uma referência à eliminação da concorrência, ao domínio de

²⁶ Determina o § 4º do 173 da Constituição Federal que: § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

²⁷ Lei 8.884/94, Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Obs: Lei Revogada pela LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.

²⁸ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

²⁹ Lei 12.529/2011; Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

mercado e ao aumento arbitrário de lucros, entre os objetos e efeitos aos quais a lei se dirige repressivamente .³⁰

Neste contexto, sendo o Brasil um país de economia capitalista, tem-se que uma de suas grandes preocupações políticas é garantir um ambiente concorrencial propício ao desenvolvimento de novas tecnologias, surgimento de novas empresas no mercado, promoção de bem-estar social, envolvendo transações econômicas que impliquem em maiores ganhos de eficiência, por conseguinte, redução dos custos e maior aproveitamento dos recursos. Sendo assim, para que esse fim seja alcançado, tem-se a necessidade de monitorar/regular o processo natural de concentração econômica que se faz presente nos mercados capitalistas. Certo é que, para se alcançar esse referido equilíbrio concorrencial, revela-se como ato necessário a permissibilidade constitucional da intervenção do Estado no mercado quando se verificar anomalias tendentes a promover a hipertrofia de um de seus *players*, por conseguinte, um desequilíbrio massificado.

No Brasil, tem-se que a carta magna propôs a criação de um Estado social, ou seja, há uma mitigação das teorias comuns aos modelos de *capitalismo liberal*. A atuação estatal, pelo texto constitucional de 1988, continua a compactuar com a finalidade das empresas em auferir lucros, ao permitir o direito de propriedade e a livre iniciativa, contudo este fim é sopesado com os demais valores sociais que devem ser alcançados. A economia e a atividade normativa do Estado, passa a se revelar cada vez mais complexa. Sendo assim, começa a se destacar o papel do Agente regulador, trata-se de um ator estatal que procura intervir diretamente sobre as condutas dos agentes de mercado, valendo-se de seu poder coercitivo. A regulação econômica praticada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se atentará para as condutas que implicam alteração de preços no mercado, e ainda, a entrada/saída de agentes no mercado e a concentração de *players*.

Pode-se afirmar que a tentativa do SBDC é garantir que o mercado nacional alcance performance de eficiência alocativa e produtiva. Essa demanda de um ator regulador no mercado, que não pode ser suprida pelo exercício do Poder Judiciário, é decorrente de uma demanda da sociedade complexa por um modelo de estado tecnocrático, ou seja, um Estado que adote uma política cientificizada. Este modelo de estado tecnocrático tem como princípio

³⁰ Lei 12.529/2011; Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

um fenômeno de normatização decorrente da produção científica, sendo assim, é um campo mais propício para o inter-relacionamento entre diferentes ciências sociais, à exemplo, o Direito e a Economia . Esse fenômeno de normatização técnica é mais suscetível a aplicação das teorias econômicas, isso porque para o seu sucesso depende de um elevado grau de instrumentalização, o que é possível de ser alcançado com sucesso pelos métodos econômicos.

Nesse campo tecnocrático, aparentemente, há uma maior flexibilização para a interação entre as teorias econômicas e o Direito. Sendo assim, a normatização e a própria atuação judicante exercida pelo CADE se desdobra em uma visão mais utilitarista sem maiores conflitos hermenêuticos, pois visa-se a maximização de eficiência na prestação jurisdicional, alcançando o bem-estar da coletividade e o interesse público. Portanto, tem-se que, no Brasil, a política de concorrência é primordialmente exercida pelo Poder Executivo, assim como na maioria das jurisdições antitruste do mundo. Este modelo, porém, não exclui a apreciação do Poder Judiciário quando o administrado entende que seu direito foi violado por ato do Poder Público.

No exemplo brasileiro, a abordagem econômica do Direito encontrou solo fértil na institucionalização do Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência, uma vez que o discurso econômico alcançou sem maiores conflitos sua legitimidade nas decisões do CADE (órgão colegiado deliberativo, que possui independência e autonomia financeira). Pode-se dizer que o Conselho deliberativo apresenta funções administrativas e jurisdicionais, sendo que uma das garantias da Sociedade é a possibilidade de revisão de suas decisões pelo Judiciário.

O sucesso do Sistema consiste no alto nível de *expertise* na resolução de conflitos e interesses que envolvam o ambiente concorrencial. Além disso, pode-se afirmar que a abordagem econômica do Direito em um ambiente de regulação se revela saudável, uma vez que além de existir a prerrogativa constitucional da intervenção e do controle na produção de bens e serviços, o sistema técnico de defesa da concorrência também revela uma preocupação no desenvolvimento de políticas que alcancem em maior grau o bem-estar da sociedade. Desse modo, influencia, inclusive, na atividade de produção normativa, tendo portanto uma atuação prospectiva.

CAPÍTULO 3 - A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Essa vertente de estudos teve sua origem nos Estados Unidos da América, à partir da metade do Séc. XX, quando passaram a ser publicados artigos e livros que abordavam o relacionamento entre as ciências do Direito e da Economia. Contudo, cumpre ressaltar que esta vertente da *Law & Economics* não apresenta abordagens uniformes, isso porque existem autores que defendem que as decisões devam ser guiadas pela busca da maximização da utilidade, outros entendem pela necessidade de maximização das riquezas ou da eficiência econômica.

É possível observar a existência de uma barreira comunicativa entre os discursos empregados pelo direito e pela economia, sendo que o núcleo desse confronto filosófico consiste no tratamento das questões que envolvem o relacionamento entre Direito e Moral; princípios e consequencialismo. O ponto crítico desse confronto estaria em uma possível violação hermenêutica no processo de "se dizer" o Direito.

O termo “Análise Econômica do Direito”, teve como um de seus precursores Richard Posner, que apresentou a sua teoria na obra *Economic Analysis of Law*. Este trabalho colaborou de forma significativa no inter-relacionamento entre o Direito e a Economia. Contudo, conforme pretende se abordar mais detalhadamente à seguir, houve grande rejeição da obra pelos juristas, à época, em razão de fragilidades e inconsistências do ponto de vista filosófico, principalmente, porque o Autor não se preocupou em valorizar na sua abordagem considerações relacionadas aos Direitos individuais.

Quando se defende as iniciativas de inter-relação entre o Direito e a Economia, busca-se apreciar os efeitos das normas jurídicas e os motivos pelos quais foram elaboradas. Sendo assim, os autores sob a visão tradicional da *Law & Economics* usualmente mencionam que as leis representariam soluções eficientes para a organização da sociedade. Contudo, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito vem se modificando, tendo com um dos efeitos mais visíveis ao longo dos últimos anos a perspectiva de um sistema funcional que tem sido aplicada sobre o ordenamento jurídico, capaz de afetar diretamente as relações sociais, política e a dinâmica da economia.

Observa-se que a *Law & Economics* tinha como meta inicial promover alternativas que proporcionassem a maximização de riqueza ou da eficiência. Contudo, ao longo do tempo, com as ponderações críticas que foram feitas, principalmente, relacionada a ausência de fundamentação filosófica, passou a existir uma preocupação em incorporar como

prioridade em suas análises o conjunto de direitos que devem ser velados, procedendo-se para o estudo de maximização da eficiência, apenas ao ver resguardado os referidos direitos individuais.

Destaca-se ademais que, nos primórdios da *Law & Economics*, com base em estudos referenciados segundo as visões das escolas de Chicago, da qual Posner era integrante, tinha-se um discurso eminentemente descritivo, no qual a análise criteriosa das decisões do *Common Law*, tinha como fator primordial a indução de decisões que gerassem resultados eficientes. Ao dizer que a Análise Econômica do Direito esboçada por Posner apresentava uma característica descritiva, pode-se dizer que era feita uma análise das decisões judiciais usualmente tomadas no sistema *Common Law*, de modo que o estudioso pretendia explicar qual deveria ter sido a decisão mais eficiente a ser tomada, sem contudo aprimorar ou intervir no processo de decisão. Por vezes, pode-se entender que uma das pretensões do estudo era revelar que implicitamente a lógica econômica estava sendo observada, muito embora poucas vezes houvesse referências explícitas aos conceitos econômicos.

Na primeira publicação da obra de Posner, em 1973, tinha-se uma valorização da maximização da riqueza ou eficiência, sem, contudo, apresentar alternativas que tivessem o objetivo de proporcionar a distribuição dos ganhos aferidos. Pela abordagem tradicional da *Law & Economics*, as questões distributivas eram ignoradas, ou seja, a maximização de riqueza não estava relacionada com a sua distributividade, qualquer enriquecimento poderia ser considerado ganho social. Como destacada em capítulo anterior, este pensamento foi profundamente rechaçado por Dworkin.

Em que pese a fragilidade filosófica constatada na publicação do livro *Economic Analysis of Law*, editado em 1973 por Posner, o esforço do Autor deve ser reconhecido, principalmente, por ter sido pioneiro em estimular um inter-relacionamento entre o Direito e a Economia. Neste sentido, passou a apresentar uma abordagem diversa da lógica jurídica tradicional, aprimorando as discussões na Academia. Posner faz uma abordagem com o intuito de revelar que a Economia representa uma ferramenta poderosa para analisar uma vasta gama de questões jurídicas, muito embora os operadores de Direito tenham grande dificuldade em se relacionar com os princípios da Economia. Não obstante essa dificuldade, defende a importância dos instrumentos econômicos para a compreensão das consequências das decisões judiciais e dos incentivos que essas decisões conferem a sociedade.

Quando Posner pretende aproximar os instrumentos econômicos para fazer uma análise do Direito, o faz não se utilizando de estudos relacionados com o crescimento econômico ou as taxas de inflação, mas está focado na análise econômica das escolhas, ou seja, como o ordenamento jurídico e as decisões jurídicas podem propiciar variações de mercado, e inclusive, implicar incentivo de determinados comportamentos sociais. Posner em sua teoria revela que a Economia e sua análise racional pode ser tomada como critério ético de decisão, isso porque esta ciência preza pela "eficiência" de modo a obter a alocação ótima de recursos. Contudo, Posner não aborda questões morais ou éticas ao analisar casos concretos que poderiam ser submetidos à apreciação judicial, o que pode ser considerado um dos pontos frágeis de sua teoria.

Em razão das inúmeras críticas, pode-se observar que Posner veio, anos mais tarde, reconhecer a falta de sustentação filosófica para sua teoria, constatação que se dá com a leitura de sua obra *The Problems of Jurisprudence*, de 1990. Mesmo diante dessa nova concepção, o esforço de Posner continua sendo possibilitar a comunicação entre duas ciências sociais complexas. Ocorre que com o desenvolver da teoria, a escola passou a ser exigida para que suas abordagens contemplassem o bem-estar de toda a sociedade, neste sentido o conceito de bem-estar passaria a estar atrelado ao bem-estar dos membros mais desafortunados, e ainda, diante de um contexto social, o referido ganho de eficiência difundido por Posner deve estar harmonizado com a natureza compromissária das constituições sociais.

3.1- BREVE SÍNTESE DO EMBATE TEÓRICO DAS ESCOLAS DE HARVARD E CHICAGO.

Nos anos de 1960 e 1970, os tribunais e agências adotaram teorias econômicas de um grupo de estudiosos de Harvard, que à época afirmavam que as empresas com poder de mercado teriam uma tendência em agir de modo anti-concorrencial.³¹ Sob a abordagem da "Escola de Harvard", os tribunais e órgãos passaram a presumir a possibilidade de ilegalidade em quaisquer fusões, *joint ventures* ou acordos que permitiriam as empresas obter ou melhorar o seu poder de mercado, independentemente, de a conduta ter o potencial de beneficiar os consumidores, diminuindo preços ou o aumento da produção: "*a escola de organização industrial de Harvard dominou o assunto, influenciando de maneira decisiva*

³¹ A Escola de Harvard tem como exponents os estudiosos: Donald F. Turner and Philip Areeda, que foram influenciados por pelos estudo econômicos de Edward Chamberlain, Edward Mason, and Joe Bain. Herbert Hovenkamp, *The Rationalization of Antitrust*, 116 HARV. L. REV. 917, 920 (2003) (reviewing RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* (2d ed. 2001)).

*essa política governamental, com base em uma premissa que determinava que a concentração de mercado teria fortes impactos negativos, já que a proposta subliminar envolvia uma proteção dos pequenos negócios contra os grandes grupos econômicos".*³² Portanto, tem-se que a análise econômica influenciada por Harvard partia dos pressupostos de que altas concentrações eram *per se* ruins para o mercado e de que economias de escala não seriam relevantes em vários mercado

Sob essa abordagem passou a ser entendido que a estrutura de um mercado determinava a sua conduta, ou seja, os preços praticados dependeriam diretamente do grau de concentração do mercado. Nesse sentido, a contribuição importante da Escola de Harvard para a legislação Antitruste foi a de que despertou-se uma necessidade em controlar estruturas (atos de concentração e *joint ventures*) e não apenas as condutas anti-competitivas (fixação de preços e divisão de mercado). A teoria desenvolvida por Harvard para analisar estruturas de mercado passou a ser chamada de Modelo Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD), modelo que faz uma análise das configurações do mercado, e gera conclusões sobre a sua performance, supondo que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura³³.

Sendo assim, os Tribunais Americanos e os Órgãos de regulação passaram a concentrar sua atenção no mercado afetado (mercado relevante) por operações que envolvessem concentração de mercado, sendo que com base no estudo do mercado poderiam aprovar, reprovar ou impor restrições, *"A definição de "mercado relevante" é uma criação argumentativa de extrema importância para a análise de um ato de concentração [...] trata-se de estimativa do menor grupo de produtos e/ou serviços e da menor área geográfica necessários para que eventual agente econômico possa, lucrativamente, impor um significativo e não transitório aumento de preços"*³⁴. A metodologia de análise começou a fazer uso de funções de concentração de mercado; daí começou a observação sistemática dos *market shares* das principais empresas de um mercado, que se dava por meio das técnicas econômicas de C4³⁵ e do HHI³⁶.

³² Ragazzo, Carlos Emmanuel; A Regulação da Concorrência; 2013. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/; acesso em fevereiro de 2013.

³³ Herbert Hovenkamp, The Rationalization of Antitrust, 116 HARV. L. REV. 917, 920 (2003) p. 920 ("The Harvard School historically tended to emphasize a strong relationship between structure and performance . . .").

³⁴ Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 2013. "A Regulação da Concorrência" The Selected Works of carlos ragazzo; disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20; acesso em fevereiro de 2013.

³⁵ C4 é utilizado como evidência sobre a concentração do mercado como um todo e sobre a capacidade de contestação, pelos concorrentes, de eventual exercício abuso de poder de mercado pelas empresas envolvidas

³⁶ HHI representa a soma dos quadrados dos *market shares* das empresas de um mercado relevante.

No entanto, no início dos anos 1970, os tribunais e as agências começaram a adotar as teorias de um grupo de acadêmicos da Universidade de Chicago³⁷, que ensinou que o único objetivo legítimo das leis antitruste era o de promover ao consumidor o bem estar. Por final dos anos 1980, a Escola de Chicago revolucionou a abordagem antitruste nos tribunais federais e agências concorrenciais. Sob a hegemonia da Escola de Chicago, os tribunais e os órgãos atualmente devem se envolver em uma análise empírica do competidor, com a finalidade de encontrar os reais efeitos para o mercado relevante, antes de decidir sobre a legalidade da conduta competitiva sob análise.

Os teóricos da Escola de Chicago passaram a afirmar que a concentração em si não pode ser julgada uma conduta a ser sancionada pela legislação antitruste. Isto porque, ao fazer análise de um ato de concentração há a necessidade de que sejam aplicados testes econométricos que sejam capazes de produzir elementos materiais conclusivos. Deste modo, estes estudos chegaram a afirmar que *“a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, e por conseqüência para a possibilidade de seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente.”*³⁸. Ou seja, houve um rompimento com a tradição estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica. Isso porque estruturas, ainda que concentradas, podem resultar em uma economia de recursos que compense efeitos anticompetitivos, razão pela qual o ato como um todo deve ser considerado eficiente. Tem-se, portanto, a necessidade de se analisar o efeito líquido dos atos.

Sendo assim, sob a abordagem da "Escola de Chicago", os tribunais e agências tornaram-se muito menos dispostos a proibir comportamento de natureza anti-concorrencial. Em vez disso, eles se sentiram compelidos a se envolver em uma extensa investigação factual para confirmar os efeitos da conduta particular sobre os consumidores, antes de julgar o ato como ilegal. Os pressupostos de ilegalidade oferecidas pela Escola de Harvard e da abordagem empírica econômica da Escola de Chicago representam pólos opostos de aplicação da legislação antitruste. A crítica que surge ao modelo proposto pela Escola de Chicago está atrelado ao fato de que, por vezes, as agências seriam incapazes de cumprir seu ônus de

³⁷ A Escola de Chicago tinha como seus estudiosos: Robert Bork, Richard Posner, and Frank Easterbrook. ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF (1978); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE (1976); Frank Easterbrook, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, 53 ANTITRUST L.J. 135 (1984).

³⁸ POSSAS, M.L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Política Antitruste: um Enfoque Schumpeteriano. Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia, ANPEC, dezembro. 1995, p.21.

provar os efeitos econômicos adversos de determinados tipos de conduta, de modo que as empresas, ainda que estivesse envolvidas em condutas anti-concorrenciais seriam beneficiadas pela dificuldade em comprovar materialmente os efeitos negativos da conduta.

Com este quadro acima exposto, tem-se que a análise antitruste se encontra em um ponto crítico de inflexão entre as Escolas de Harvard e de Chicago. Nenhuma das duas abordagens provaram ser eficaz na regulação conduta competitiva. A escola de Harvard, em regra, proíbe formas inovadoras de competição que poderiam melhorar a eficiência econômica, enquanto a Escola de Chicago pode acabar por permitir que concorrentes pratiquem determinada conduta que venha a ser prejudicial aos consumidores. Pelo exposto, observa-se a necessidade de que os tribunais e as Agências se posicionem para além destas duas teorias clássicas, e venham a adotar uma nova abordagem para a análise antitruste adaptado para o cenário competitivo do século XXI.

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS DA ESCOLA DE HARVARD.

A partir dos anos 1960, professores de Harvard passaram a aplicar a abordagem estrutural dos economistas de Harvard para o antitruste. Esses estudiosos argumentam que, quando os mercados estão concentrados, as empresas são mais propensas a se envolverem em condutas anticoncorrenciais. Sob uma abordagem histórica, a Escola de Harvard apontou que, quando o Congresso aprovou o *Sherman Act*³⁹, este estava preocupado com o crescente poder econômico e político dos trustes, como a *Standard Oil Company*⁴⁰ e o

³⁹ The principal federal antitrust laws, the Sherman Act of 1890 and the Clayton Act of 1914, are broadly worded, and they give the federal courts and antitrust enforcement agencies wide leeway to develop a federal “common law” of antitrust regulation.1 Over the 115 years since the adoption of the Sherman Act, the courts and enforcement agencies have altered their interpretation of the antitrust laws to match prevailing economic assumptions. Two opposing economic theories have battled for dominance during the modern antitrust era. Section 1 of the Sherman Act prohibits “every contract, combination . . . or conspiracy, in restraint of trade,” 15 U.S.C. § 1 (2004); section 2 of the Sherman Act makes it illegal for a firm to “monopolize, or attempt to monopolize” interstate commerce, id. § 2; and section 7 of the Clayton Act prohibits any mergers the effect of which “may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly,” id. § 18. Because of the broad wording of these statutes, “[p]erhaps uniquely, American antitrust law is a creature of judicial, as opposed to legislative, creation.” Motion for Leave to File and Brief of Visa U.S.A., Inc. et al. as Amici Curiae Supporting Petitioners on Petition for Writ of Certiorari at 8, *Texaco, Inc. v. Dagher*, 126S. Ct. 1276 (2006) (Nos. 04-805 & 04-814). THOMAS A. PIRAINO, JR.; Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century; INDIANA LAW JOURNAL; edition 2007; Vol. 82: p.345.

⁴⁰ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 62 (1911) (stating that there is no “direct prohibition against monopoly in the concrete”) - “In 1911, the Supreme Court upheld a 1909 lower court decision that Standard Oil had violated Sections 1 and 2 of the Sherman Act by attempting to monopolize the country’s petroleum industry and using its New Jersey Trust to restrain trade. The Court’s decree required that the Trust be dissolved, resulting in 38 separate and independent companies that were prohibited from being controlled by a single entity. In essence, the Standard Oil litigation involved allegations of monopoly abuses whose effects were being overtaken by rapidly evolving market conditions. The decree may have promoted competition had it been

*U.S. Steel Corporation*⁴¹. Na interpretação da linguagem do *Sherman Act*, os tribunais devem ser guiados pelo desejo do Congresso em proteger concorrentes individuais contra o poder de mercado exercido por grandes firmas.⁴² Em 1968, à luz da abordagem estrutural (Escola de Harvard), foram publicadas orientações "guidelines" para Antitruste do Tribunal de Warren, oportunidade em que o famoso Juiz Potter Stewart escreveu, "*a única consistência é que o governo sempre vence*."⁴³ Com base nesta postura rígida dos tribunais americanos, houve pouco esforço por parte do setor privado em tentar justificar fusões através de alegados ganhos de eficiência.

A Escola de Harvard defendia que as fusões e *joint ventures* aumentam substancialmente os níveis de concentração no mercado relevante, acabando por propiciar um ambiente mais suscetível para que grandes empresas passem a participar de condutas anti-concorrenciais. Sendo assim, os efeitos perceptíveis pelos consumidores seriam a limitação da competição, que geraria por conseguinte, preços mais elevados, redução da qualidade do produto, ou ausência de inovações no mercado. Além disso, os estudiosos passaram a distinguir os efeitos anti-concorrenciais, decorrentes de atos coordenados e atos unilaterais.⁴⁴

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Escola de Harvard se opunha quanto concentração do mercado, mesmo quando isso pudesse reduzir os custos e preços, beneficiando os consumidores. Em razão desta teoria desenvolvida em Harvard, muitos juízes estavam convencidos da existência de ilegalidade em qualquer conduta por parte das

imposed before 1900, but by 1911 the oil industry was much more competitive and the decree was probably unnecessary". The Effect of Antitrust Policy; Acesso em <http://www.ftc.gov/be/seminardocs>.

⁴¹ . *U.S. Steel Corp. v. Fortner Enter., Inc.*, 429 U.S. 610 (1977). "*Although this decision purported to be fact-bound, it actually abandoned the method of analysis that had been applied on the same case at the summary judgment stage eight years before, Fortner Enter., Inc. v. U.S. Steel Corp.*, 394 U.S. 495 (1960)". New York University Journal of Law & Business; Thomas B. Leary; Erica S. Mintzer. Originally published in 4 NYU J. L. & BIIS. 303 (2007). Acesso em <http://www.ftc.gov/opp/workshops/>.

⁴² See Thomas J. DiLorenzo, The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective, 5 INT'L REV. L. & ECON. 73, 74–76 (1985) (arguing that the Sherman Act was designed to transfer wealth from big business to small merchants and farmers); Herbert Hovenkamp, Distributive Justice and the Antitrust Laws, 51 GEO. WASH. L. REV. 1, 16–17 (1982) (stating that Congress was concerned with distributing economic and political power more widely); David Millon, The Sherman Act and the Balance of Power, 61 S. CAL. L. REV. 1219, 1287–92 (1988) (viewing the original purpose of the Sherman Act as the protection of democratic institutions from concentrated economic power)

⁴³ *U.S. v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 301 (1966) (Stewart, J., dissenting).

⁴⁴ Efeitos decorrentes de condutas unilaterais, *United States v. Mercy Health Services*, 902 F. Supp. 968, 975 (N.D. Iowa 1995), caso em que as cortes julgadores se preocupam se a nova entidade, após o ato de fusão, terá poderes suficientes para aumentar os preços no mercado. Quanto aos efeitos de coordenação no mercado, *Hospital Corp. of America v. FTC*, 807 F.2d 1381, 1386 (7th Cir. 1986), caso em que a corte manifesta sua preocupação se os pares restritos que restaram no mercado relevantes seriam capazes de alterar em conjuntos os efeitos do mercado.

empresas com poder de mercado, independentemente, do seu efeito sobre os consumidores. Contudo, ignoravam a possibilidade de que duas grandes firmas, aproveitando-se de suas respectivas economias de escala, poderiam expandir sua capacidade de produção, de modo a atender à crescente demanda, sendo que poderiam alcançar o objetivo final de oferecer produtos de qualidade aos clientes por baixos preços.

Os tribunais trabalhavam com a hipótese de “presunção de ilegalidade”, e a partir desta concepção, muitos tipos de conduta que implicassem em concentração de mercado poderiam ser reprovadas, sem que fosse necessário recorrer a uma análise profunda da situação econômica, a estudos econométricos, e ainda, dos reais efeitos sob o mercado relevante, efeito líquido da operação. Sob a abordagem da Escola de Harvard, os tribunais e órgãos de aplicação após definirem o mercado relevante, bem como as quotas deste mercado que estão sendo transacionadas, eram capazes de aplicar a presunção de ilegalidade, quando essas referidas transações aumentavam significativamente os níveis de concentração do mercado além dos limites específicos.

Os resultados dos casos submetidos à análise, à época, foram tão previsíveis que o mercado passou a compreender exatamente que tipo de conduta deveria se evitar. Em síntese, tem-se que empresas e em indústrias que atuavam em mercados com grande concentração foram efetivamente impedidas de continuar a praticar condutas tendentes a aumentar os níveis de concentração no mercado relevante, por conseguinte aumentar seus lucros. Nesse sentido, observemos:

*The Supreme Court has followed this highly structured approach to the analysis of mergers since the early 1960s. See United States v. Philadelphia Nat'l Bank, 374 U.S. 321, 363 (1963) (establishing the principle that the illegality of a merger can be presumed from a substantial market share concentration level); Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 335 (1962) (“The proper definition of the market is a ‘necessary predicate’ to an examination of the competition that may be affected by the merger.”). **Beginning in 1968, the U. S. Department of Justice (DOJ) and the FTC published guidelines for merger enforcement that followed the Supreme Court’s lead and adopted presumptions of illegality based on the market shares of the parties to a merger.** Merger Guidelines, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶¶ 13,101–103 (Mar. 18, 1968). The most recent guidelines (“Merger Guidelines”), issued by the DOJ and FTC in 1992, establish a formula called the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) to calculate the specific market share concentration levels at which mergers should be presumed illegal.⁴⁵ (grifos nossos)*

⁴⁵ THOMAS A. PIRAINO, JR, pag. 357 - Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century

A abordagem da Escola de Harvard considerava irrelevante os argumentos de que a fusão de duas grandes empresas poderia melhorar a sua capacidade de oferecer melhores serviços aos consumidores, neste sentido, destaca-se, por exemplo, as palavras de Donald Turner em um artigo de 1962 na *Harvard Law Review* que afirmava: "*uma vez constatada a ineficiência dos mercados concentrados, o Congresso deveria aprovar uma lei permitindo que os Tribunais pudessem desmembrar grandes empresas, independente de sua capacidade para alcançar economias de escala e custos mais baixos de produção*" (tradução livre).⁴⁶ Do ponto de vista estritamente jurídico, a abordagem da Escola de Harvard apresentava algumas vantagens. Isso porque a análise antitruste sob a escola de Harvard, em que pese não fosse perfeita economicamente, pelo menos, era capaz de fornecer respostas que davam grande segurança jurídica, uma vez que eram decisões totalmente previsíveis.

Certamente, pode-se dizer, em que pese a segurança jurídica que a Escola de Harvard podia proporcionar, a sua teoria também apresentava sérias desvantagens. Isso porque os juristas baseados na Escola de Harvard eram demasiadamente simplistas em encontrar as falhas de uma concentração, caracterizando-a como concorrência agressiva. Sendo assim, tem-se que a imperfeição da teoria tradicional da Escola de Harvard é o de que, com base nesta abordagem, os tribunais e agências impediram que as grandes empresas pudessem se envolver em comportamentos concorrenciais, inclusive, aqueles que poderiam beneficiar consumidores.

3.3 A ESCOLA DE HARVARD E A ABORDAGEM DA REGRA “PER SE”

A ilegalidade *per se* esteve muito associada, no seu nascedouro, à condenação do administrado sem que se analisasse se ele detinha, sozinho ou conjuntamente, poder de mercado. Isso costumava acontecer nas infrações mais graves, como os casos de *pricefixing* em cartéis clássicos. Nesses casos, o mero acordo entre os agentes bastaria para condená-los, ainda que se tratasse, na prática, de crime impossível, dada a ausência de poder de mercado. Trata-se de uma tentativa em privilegiar a política pública (nesse exemplo específico, política pública de combate aos cartéis), tornando menos onerosas as provas de que deve valer-se a Administração para impor uma condenação.

A Suprema Corte dos E.U.A utilizou a abordagem *per se* principalmente no início do século XX, em casos de fixação de preços, onde o potencial anti-concorrencial dos

⁴⁶ Donald F. Turner, *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, 75 HARV. L. REV. 655, 663-73 (1962).

acordos era tão óbvio que o Tribunal poderia facilmente dispensar investigações sobre as condições de mercado ou justificativas dos acusados.⁴⁷ O critério *per se* implica uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento, ou seja, a agência precisa apenas certificar-se de que o comportamento efetivamente ocorreu para punir a firma. Quando este critério é aplicado, o ato de concentração ou a prática restritiva é considerado ilegal, sem que para isso seja necessário investigar os efeitos obtidos, danosos ou benéficos. Sendo assim, os tribunais e agências impediam qualquer conduta que tinha como propósito aumentar as cotas de um mercado monopolista: "bastava que um réu evidenciasse uma intenção geral de obter ou manter o seu poder de monopólio, que esta ação seria julgada ilegal." ⁴⁸

Os Tribunais, fundamentados nos ensinamentos da Escola de Harvard, identificaram a aplicação da regra *per se* como uma abordagem atraente, porque melhorou substancialmente a eficácia da aplicação da legislação antitruste. A aplicação da regra *per se* era capaz de reduzir o tempo e o custo de casos antitruste,⁴⁹ uma vez que dispensa a comprovação de efeitos anti-competitivos para a constatação de ilicitude. Cumpre afirmar que essa teoria da regra *per se* é utilizada até hoje, principalmente, em atos de conduta anti-competitiva como, por exemplo, as práticas de cartel (fixação de preços e divisão de mercado).

Ao final dos anos 1960, pode-se dizer que a Escola de Harvard exercia grande influencia sobre os tribunais, contudo, não é difícil concluir que a dominância da regra de *per se*, no entanto, também causava problemas significativos. Isso porque a abordagem *per se* era rígida e formalista. Pode-se dizer que se tratava de uma interpretação mecânica, que impedia condutas concorrenciais sem qualquer consideração de seus efeitos econômicos. Em geral, a aplicação *per se* da lei requer menos esforços e despende menos recursos do que os demais casos, e é utilizada em algumas situações específicas, como a cartelização e a fixação de preços. ⁵⁰

⁴⁷United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940) (horizontal price fixing); United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927) (horizontal price fixing); Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911) (resale price fixing).

⁴⁸Thomas A. Piraino, Jr., Identifying Monopolists' Illegal Conduct Under the Sherman Act, 75 N.Y.U. L. Rev. 809, 829 (2000) [hereinafter Piraino, Jr., Identifying Monopolists].

⁴⁹Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332, 344 (1982), the Supreme Court stated: "As in every rule of general application, the match between the presumed and the actual is imperfect. For the sake of business certainty and litigation efficiency, we have tolerated the invalidation of some agreements that a full blown inquiry might have proved to be reasonable."

⁵⁰"Price fixing is a *per se* offense", segundo POSNER (1976: 143).

Deve-se notar, contudo, que a abordagem *per se* não é incongruente com a análise econômica desenvolvida em torno da importância das eficiências eventualmente geradas por práticas restritivas. Trata-se apenas de um método jurídico de aplicação da lei que simplifica a análise e economiza custos para julgar tipos de condutas cuja não razoabilidade é suposta. Ou seja, o critério traduz a percepção de que é desnecessário avaliar os efeitos líquidos mais detalhadamente em face da evidência teórica, estatística e jurisprudencial de que determinadas condutas não geram benefícios relevantes, de forma que a sua condenação, independente da comprovação líquida dos efeitos negativos, não causará injustiças.

Durante os anos 1970, os estudiosos Escola de Chicago começaram a criticar a aplicação da regra *per se*, uma vez que esta não considerava os potenciais efeitos benéficos de atos de concentração.

3.4 AS CRÍTICAS À ESCOLA DE HARVARD

Em razão deste efeitos colaterais passíveis de serem constatados quando da aplicação da abordagem de Harvard, por meados dos anos 1970, os estudiosos da Escola de Chicago começaram a criticar presunção de ilegalidade que era praticada pelo Tribunais Federais, levando-se em consideração apenas as quotas de mercado transacionadas nos atos de concentração. O entendimento dos estudiosos de Chicago era o de que esta presunção de ilegalidade estava por impedir a realização de muitas transações que potencialmente iriam produzir eficiências de mercado, neste sentido, Richard Posner "*there was no basis for automatic judicial intervention against a merger where the combined market share of the four largest firms in the market was less than sixty percent*".⁵¹

Diante das manifestações da Escola de Chicago, a Suprema Corte, em meados dos anos 1970, começou a aceitar em suas análises de concentração de mercado, considerações de outros fatores. Sendo assim, em 1974, no caso Estados Unidos vs General Dynamics Corp⁵², o Tribunal julgou que uma fusão não pode ser considerada ilegal, simplesmente, porque os demandados haviam transacionado elevadas quotas de mercado, sobre os termos da decisão:

General Dynamics was the first time merger parties successfully rebutted the government's prima facie market share case by showing that other industry factors

⁵¹ RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE(1976), pg 112.

⁵² 8 U.S. v. General Dynamics Co., 415 U.S. 486 (1974). General Dynamics envolveu uma fusão entre duas empresas de carvão. O Tribunal apontou que a maior parte da produção das empresas de carvão foi cumulada sob o regime de contratos de fornecimento de longo prazo, o que por si só não poderia implicar em ilegalidade.

*established that the merger would not substantially lessen competition. The parties proved that uncommitted reserves were a better indicator of a firm's future ability to compete in the coal industry than its historic share of sales. Because the acquired firm had essentially no uncommitted reserves, its elimination would not materially lessen competition. That decision gave rise to what came to be known (somewhat loosely) as the "General Dynamics defense" and encouraged parties to begin advancing efficiency arguments.*⁵³

Diante deste novo quadro, o Tribunal expressou sua vontade de considerar condições que possam afetar eficiências potenciais de mercado. Ou seja, abriu-se caminho para uma abordagem mais sofisticada sobre os atos de concentração. Isso porque as evidências de concentração de mercado simplesmente fornecem um ponto de partida para uma investigação mais generalizada sobre uma competitividade futura no mercado. Esse é o entendimento esposado pelas agências antitruste nos E.U.A, conforme se observa por trechos dos guias (Merger Guidelines) utilizados pela Federal Trade Commission: *"Market share concentration data provide only the starting point for analyzing the competitive impact of a merger. Before determining whether to challenge a merger, the Agency also will assess the other market factors that pertain to competitive effects, as well as entry, efficiencies and failure"*.⁵⁴

As falhas da Escola de Harvard fez com que os tribunais federais comesçassem a reexaminar sua abordagem à regulação antitruste. Os argumentos dos estudiosos da Escola de Chicago tinham como pressuposto um regime antitruste baseado no respeito aos mercados, eficiência econômica e o bem-estar do consumidor.

3.5 O SURGIMENTO DA TEORIA ECONÔMICA DA ESCOLA DE CHICAGO

Ao final dos anos 1960, um grupo de acadêmicos⁵⁵ da Universidade de Chicago tinha estabelecido uma teoria de análise antitruste, que se opunha a Escola de Harvard. A oposição manifestada em diversos artigos consistia que esses estudiosos não encontravam evidências de que a intenção do Congresso sob as leis antitruste era proteger concorrentes individuais contra grandes firmas que viessem a exercer poder de mercado.

⁵³ William J. Kolasky e Andrew R. Dic The Merger Guidelines and The Integration of Efficiencies Into Antitrust Review of Horizontal Mergers; Antitrust LJ Vol. 71, No. 1, 2003; p.207.

⁵⁴ Merger Guidelines 1992, pag. 20, acessível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines>.

⁵⁵ Robert Bork, Richard Posner, and Frank Easterbrook. See ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF (1978); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE (1976); Frank Easterbrook, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, 53 ANTITRUST L.J. 135 (1984).

Um dos precursores da Escola de Chicago, Robert Bork, argumentava que as leis antitruste foram concebidas apenas para aumentar a eficiência da economia norte-americana.⁵⁶ Neste sentido, Bork teria definido eficiência econômica como se fossem condições capazes de realçar a riqueza, ou seja, maximizar riqueza, sendo que esta maximização estaria equiparada com o "bem-estar do consumidor", porque implicaria custos menores, preços reduzidos, e aumento da produção de produtos e serviços desejados pelos consumidores.

Partindo-se da concepção de Bork (1978)⁵⁷ que acreditava que o único objetivo da legislação antitruste seria a maximização do bem-estar do consumidor. Todos os outros objetivos possíveis das leis antitruste, incluindo a proteção dos pequenos negócios do poder das grandes empresas, eram irrelevantes. Em breve síntese, pode-se dizer que Bork (1978) defendia que, pela visão da Escola de Chicago, as Agências antitruste deveriam apenas se debruçar sobre casos que envolvessem empresas que apresentassem participação dominante de um mercado protegido por barreiras de entrada.

Outro ponto a ser destacado, é que pela abordagem de Chicago tinha-se o entendimento de que os mercados eram susceptíveis de auto-corrigir desequilíbrios competitivos, sem a necessidade de intervenção de entes reguladores.⁵⁸ Os estudiosos da Escola de Chicago afirmavam que os mercados precisavam de rédeas livres, porque apresentavam *"a tendência natural das empresas... ser eficiente."*⁵⁹

Com efeito, os tribunais e órgãos governamentais geralmente apresentavam más decisões na tentativa de regular condutas econômicas, isso porque eles não eram capazes de conceber soluções de regulamentação que fossem mais eficazes do que os mecanismos naturais do mercado. Sob a abordagem da Escola de Chicago, como os mercados eram capazes de promover auto-correção de desequilíbrios concorrenciais, em qualquer caso, os tribunais e órgãos de aplicação só deveriam intervir no processo competitivo quando fosse evidente, depois de um estudo minucioso, que a conduta anti-concorrencial estava ameaçando o bem-estar do consumidor.

⁵⁶ Robert Bork, Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, 9 J.L. & ECON. 7 (1966).

⁵⁷ Bork, Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, The Free Press, New York, 1978

⁵⁸ Herbert Hovenkamp, The Rationalization of Antitrust, 116 HARV. L. REV. 917, 920 (2003), p. 921 stating that the Chicago School assumes that "even in concentrated markets, firms will naturally try to find ways of competing with each other".

⁵⁹ Eleanor Fox, The Battle for the Soul of Antitrust, 75 CAL. L. REV. 917, 917 (1987).

Ao início de 1990, era possível observar que a Escola de Chicago tinha desencadeado uma revolução na análise antitruste. A maior conquista da escola foi a de refutar as análises econômicas que se pautavam pela presunção de ilegalidade nas condutas competitivas. Sendo assim, os tribunais e agências passaram a exigir estudos econômicos capazes de comprovar efeitos anti-competitivos específicos antes de não aprovar atos de concentração, ou ainda, pronunciar como réus os praticantes de "conduta ilegal de mercado.

Portanto, passou a ser insuficiente que o requerente provasse que determinada empresa ou grupo de concorrentes possuía poder de mercado significativo. Este único fato excluído era insuficiente para que se tivesse uma conduta anti-competitiva. Além desse fator, era necessário que restasse demonstrado, através de evidência empírica, que a conduta sob análise estaria prejudicando os consumidores, aumentando ou diminuindo os preços de saída.

Pode-se dizer que a Escola de Chicago apresentava uma visão mais permissiva para operações que gerassem concentração de mercado. A escola fortaleceu a necessidade de uma análise mais pormenorizada, fazendo prevalecer a noção de que a análise do *market share* da empresa resultante da operação apresentada a uma autoridade é apenas o início não determinante de uma análise antitruste. Neste sentido, a análise antitruste passou a considerar outras etapas que implicariam poder de mercado, por exemplo, etapas que envolvem a avaliação das barreiras à entrada e a rivalidade remanescente no setor.

A evidência mais robusta sobre esta análise mais pormenorizada decorrente da influência da Escola de Chicago está na significativa diferença entre o guia de análise norte-americano de 1968⁶⁰ e o expedido em 1982 para o tratamento da análise de eficiências decorrentes de uma operação. A postura da autoridade de defesa da concorrência quanto ao peso da análise de eficiências em determinada operação foi completamente alterada, isso porque com base nas orientações do guia de 1968 os tribunais afirmaram que não aceitariam como argumentos válidos para aprovação de atos de concentração horizontal a produção de eficiências econômicas⁶¹, ocorre que com a revisão do guia ocorrida em 1982, passou a existir uma abertura da possibilidade de aprovação de uma operação tendo como base as supostas eficiências que a operação gerará. Portanto, tem-se evidente uma mudança de paradigma da análise concorrencial.

⁶⁰ Guidelines released on May 30, 1968. See id. T 13,101 (May 30, 1968)

⁶¹ "(...) the Department will not accept as a justification for an acquisition normally subject to challenge under its horizontal merger standards the claim that the merger will produce economies (i.e. improvements in efficiency)" (p. 8 do guia de 1968), disponível em <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11247.htm>; acesso em fevereiro de 2013.

3.6 A ESCOLA DE CHICAGO E O DESENVOLVIMENTO DA REGRA DA RAZÃO

A terminologia "regra da razão" vem sendo empregada, no antitruste, como contraposição à noção de ilegalidade *per se*, que era difundida pela Escola de Harvard. A regra da razão consiste, de forma bastante sucinta, na busca da verdade material, ou seja, em verificar, caso a caso, se a conduta poderia, efetivamente, gerar efeitos concorrenciais. Com o tempo, o seu conceito acabou por se afastar da desnecessidade de prova do poder de mercado, que tem sido quase sempre exigida. Por isso, a ilegalidade *per se* distingue-se, hoje, da regra da razão, em função de dispensar provas que seriam exigidas na regra da razão.

Sob a "regra da razão" uma conduta só será considerada ilegal se apresentar um efeito anti-competitivo líquido, ficando à cargo da agência reguladora identificar esse efeito. Neste caso, a agência observa os efeitos do comportamento e contrabalança os prejuízos com os benefícios eventuais. O exame é feito caso a caso e não há punição se as eficiências econômicas compensarem os efeitos anti-competitivos. Sendo assim, mesmo quando a fusão ocorre entre empresas em um mercado concentrado (oligopólio), os requerentes podem ser capazes de provar que, devido a certas características do mercado relevante, as empresas resultantes do ato de concentração não vão ser capazes de coordenar a sua conduta ou ainda de restringir a concorrência. A coordenação entre os oligopolistas é menos provável quando os produtos concorrentes têm características distintas e os preços variam de acordo com essas diferenças.

Sendo assim, com o passar do tempo, o Judiciário nos E.U.A começou a tomar conhecimento das manifestações e críticas da Escola de Chicago. Baseando-se fortemente nos ensinamentos de Richard Posner⁶², o Tribunal concluiu que a regra da razão, em vez da regra *per se*, apresentava uma abordagem mais adequada à luz de potenciais benefícios econômicos que a conduta poderia promover. Assim, diferentemente do critério *per se*, a ilegalidade não pode ser presumida pela regra da razão, exatamente, por se considerar que o efeito líquido anti-competitivo não pode ser presumido sem um exame minucioso da ponderação de seus efeitos no mercado relevante.

Durante a década de 1980, a Suprema Corte estendeu a regra da razão para os atos de concentração, ou seja, eram aprovados os acordos que apresentasse justificativas de

⁶² Richard A. Posner, Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions, 75 COLUM. L.REV. 282, 297 (1975)

eficiência potenciais. De modo geral, pode-se dizer que a Escola de Chicago foi capaz de convencer os julgadores, à época, dos perigos de uma abordagem absoluta, sob a luz da regra *per se*. Sendo assim, os juízes federais passaram a demonstrar uma maior disponibilidade em considerar as justificativas apresentadas pelos réus, relacionadas as práticas que anteriormente seriam consideradas ilegais a *prima facie*. Com o tempo, a "regra da razão" suplantou a regra *per se*, e passou a ser a abordagem dominante em casos antitruste. Portanto, tornou-se mais complicada a análise dos atos de concentração e seus resultados tornaram-se mais difíceis de prever.

Ocorre, que sob os ensinamentos da Escola de Chicago, os Tribunais Federais nos E.U.A passaram a enfrentar um novo paradigma, pois, doravante, não poderiam aceitar a presunção de ilegalidade sob a égide das leis antitruste, ou seja, as decisões deveriam ser obrigatoriamente estar apoiadas por fatos econômicos. Ocorre que os padrões da regra da razão, em função de suas análises complexas, acabavam por gerar certa incerteza para os litigantes, acarretando em insegurança jurídica para as empresas envolvidas em mercados relevantes sob análise, de modo que, ou as empresas praticavam condutas anti-concorrenciais por não saberem o limite da lei, ou por outro lado, também poderiam evitar comportamentos pró-concorrenciais sob a equivocada suposição de que poderiam estar incorrendo em condutas condenáveis pelo sistema antitruste.

3.7 CRÍTICAS À ESCOLA DE CHICAGO

Como efeito da grande influência da Escola de Chicago, que tinha como principal bordão recusar a presunção de ilegalidade, principalmente ao analisar atos de estrutura, pode-se destacar que, em 1997, a Comissão Federal de Comércio (FTC) permitiu a Boeing Company prosseguisse com a aquisição do grupo McDonnell Douglas Corporation, uma transação que deu um Boeing e Airbus duopólio no mercado mundial para a fabricação de aviões comerciais.⁶³

Além desse evento, pode-se dar destaque para o ano de 2002, em que sob a administração Bush, o Departamento de Justiça em um caso de conduta anti-competitiva contra a Microsoft, veio ao final, permitir que a empresa continuasse a alimentar seu monopólio no mercado de sistema operacional de computadores, e ainda, em mercados

⁶³ Boeing Co., [1997–2001 FTC Complaints & Orders Transfer Binder] Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 24,295 (July 1, 1997)

relacionados para processamento de texto, vídeo na Internet, acesso, áudio e serviços de mensagens instantâneas.⁶⁴

Em última análise, pode-se dizer que a Escola de Chicago exagerou na tentativa de suprir as deficiências da Escola Harvard, e com isso criou seus próprios problemas. A Escola de Chicago e seus adeptos não reconheciam os conflitos que essa complexa abordagem estava por gerar à regulação antitruste, isso porque os economistas da Escola partiam do pressuposto que os tribunais é que se revelavam ineficazes na regulação da concorrência.

Como consequência, pode-se constatar que ao negar as presunções de ilegalidade, teoria utilizada pela Escola de Harvard, os juízes adeptos à Escola de Chicago acumulavam grandes responsabilidades para a máquina no Estado ao julgar e analisar casos antitrustes, pois tinham que construir um quadro probatório muito mais incisivo para confirmar os efeitos conjunturais da conduta competitiva sobre os consumidores. Neste ponto, cumpre observar que, frequentemente, a tomada de decisão se revelava difícil inclusive para os economistas, portanto, como poderiam os gestores da administração e juízes que não são formados em economia chegar a análises conclusivas e ao mesmo tempo promover segurança jurídica.⁶⁵

Constatou-se ademais, que ao final de 1980, a Escola de Chicago tinha destruído os antigos dogmas que pairavam o antitruste. Ocorre que como esses dogmas foram substituídos por análises complexas, a iniciativa privada americana perdeu a certeza sobre quais tipos de transações poderiam levar a uma responsabilização na seara antitruste. Ou seja, o alto grau de complexidade exigido pelas decisões fundamentadas pela abordagem da Escola de Chicago fez com que a casuística começasse a desvendar uma série de conflitos em casos antitruste. Como resultado, as empresas se aproveitaram de um ambiente jurídico instável, e passaram a se engajar em comportamentos concorrenciais prejudiciais, cuja ilegalidade teria

⁶⁴ Thomas A. Piraino, Jr., A Proposed Antitrust Approach to High Technology Competition, 44 WM. & MARY L. REV. 65, 119–23 (2002) [hereinafter Piraino, Jr., High Technology Competition] (describing deficiencies in Microsoft Final Judgment).

⁶⁵ Nesse sentido, revela-se oportuna a observação do professor Sullivan, “economics does not comprehend enough and law, without extreme transformations in its own structure, cannot adequately deal with all that economics does comprehend.” LAWRENCE A. SULLIVAN, HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST § 2, at 10 (1977).

sido claramente apontada sob a abordagem da Escola de Harvard, “*Defendants continue to engage in questionable competitive practices.*”⁶⁶

Como pode se observar, a Escola de Chicago triunfou sobre a abordagem da Escola de Harvard, de modo que as agências de análise de condutas concorrenciais se tornaram inevitavelmente mais complexas, e as decisões antitruste, por conseguinte, tornaram-se mais confusas e menos previsíveis, sendo necessária uma abordagem que fosse além da dicotomia Harvard/Chicago, ou seja, a regulação do mercado econômico demandava por uma teoria que fosse capaz de combinar a segurança jurídica da Escola de Harvard com a sofisticação econômica da Escola de Chicago.

3.8 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOB UM NOVO POSICIONAMENTO PÓS-CHICAGO

Atualmente, pode-se dizer que há a existência de uma escola Pós-Chicago⁶⁷. Os comentaristas pós-Chicago concluíram que as teorias da Escola de Chicago sobre a perfeição dos mercados são demasiadamente simplistas. Na realidade, os mercados nem sempre se comportam tão perfeitamente como a Escola de Chicago assume:

*The Chicago view of exclusionary conduct as rarely effective, and hence implausible, assumes that markets are robust. Market robustness, in turn, assumes few entry barriers and good information, but these assumptions are usually not valid in real markets. If markets are not as robust as Chicagoans assume, then strategic exclusionary behavior is more plausible.”*⁶⁸

Conforme destacado, pode-se dizer que em muitos mercados, as informações sobre a concorrência não estão igualmente disponíveis para todos os "players", sendo assim, a entrada se torna mais dificultosa para novas empresas. Portanto, a conclusão que se chegou é que resultados anti-competitivos são mais plausíveis no mercado do que a Escola de Chicago admite. Deste modo, a intervenção antitruste se revela necessária para corrigir desequilíbrios competitivos, partindo-se da premissa de que o poder de auto-correção das empresas em busca da eficiência é uma falácia.

⁶⁶ Thomas A. Piraino, Jr., Reconciling the Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis, 64 S. CAL. L. REV. 685 (1991) , at 709.

⁶⁷ Herbert Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, 2001 COLUM.

⁶⁸ Marina Lao, Aspen Skiing and Trinko: Intent and “Sacrifice”, 73 ANTITRUST L.J. 171, 179 n.50 (2005) .

Assim, pode-se concluir como apropriado que os tribunais e órgãos de regulação antitruste venham a impedir monopólios de se envolver em certos tipos de conduta, ainda que se revelem perfeitamente legítimas: *“If a monopoly results that proves impervious to competitive inroads and is unjustified by scale economies or other efficiencies, antitrust action in this or some other forum may be warranted, even in the absence of abusive conduct.”*⁶⁹

Pode-se afirmar, que os tribunais federais e as agências de regulação dos E.U.A começaram a se mover em direção a uma abordagem intermediária entre os extremos das Escolas de Harvard e Chicago. Os tribunais federais e agências de regulação frente aos casos de estrutura (atos de concentração e *joint venture*) passaram a se utilizar de uma abordagem mais próxima para a análise empírica econômica da Escola de Chicago, deixando de lado as presunções de ilegalidade defendidas pela Escola de Harvard. Contudo, a presunção de ilegalidade, regra *per se*, continuaria a ser aplicada pelos tribunais antitruste em relação as condutas anti-concorrenciais (fixação de preços, restrição de produção, ou divisão de territórios). Na maioria desses casos citados, esses acordos apresentam efeito evidentemente anti-concorrencial, sendo que não são passíveis de serem analisados os possíveis ganhos potenciais de eficiência, *“Naked agreements among competing sellers to fix prices, restrict output, or allocate territories have been considered per se illegal since the earliest days of the Sherman Act.”*⁷⁰ Pode-se concluir que, raramente condutas horizontais de combinação de preços, irão demandar análises complexas sobre sua ilegalidade:

*“The area in which the per se rule continues to be invoked most often, and continues to have real bite, is that of the hard-core cartel. By the term ‘hard-core cartel,’ antitrust lawyers normally mean an agreement between horizontal competitors to fix prices or to engage in equivalent behaviors. Although the federal courts have taken a less aggressive approach in many antitrust areas during the last three decades, they never have wavered in their condemnation of horizontal cartels.”*⁷¹

O entendimento que pode se depreender é que Cartéis⁷² são incapazes de produzir qualquer benefício econômico, porque não envolvem a integração de recursos a fim de promover bem-estar. Portanto, cartéis horizontais acabam por aumentar os preços, reduzir a produção e limitar a capacidade de escolha dos consumidores. Os efeitos anti-competitivos

⁶⁹ United States v. E.I. DuPont de Nemours & Co., 96 F.T.C. 653, 751 n.42 (1980)

⁷⁰ United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271, 293 (6th Cir. 1898), *aff’d*, 175 U.S. 211

⁷¹ Verizon Commc’ns, Inc. v. Trinko, 540 U.S. 398, 408 (2004).

⁷² Even Chicago School commentators have concluded that horizontal market division is as great an evil as horizontal price fixing. Richard A. Posner, Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions, 75 COLUM. L. REV. 282, 297 (1975), *pág.* 292.

da fixação horizontal de preços são evidentes, pois acarretam em restrições de produção, e ainda, diminuem a qualidade de atendimento ao cliente. Sendo assim, as agências reguladoras ao se depararem com casos como estes não necessitam fazer uma complexa demonstração do abuso do poder de mercado. Isso porque a presunção de ilegalidade para este tipo de conduta é plausível, uma vez que os efeitos prejudiciais são aparentes, portanto, não há necessidade de se investigar poder de mercado, inclusive, em casos de colusão tácita, *“there is no vital difference between formal cartels and tacit collusive arrangements, the tacit colluder should be punished like the express colluder.”*⁷³

Sob uma perspectiva pós-Chicago, eficiências não devem se revelar unicamente decisivas nas análises de fusões, pois há ainda outros fatores a serem analisados, como a facilidade de entrada ou fatores de influência sobre a probabilidade de efeitos coordenados ou unilateral. Se o demandado conseguir demonstrar ser eficiente em todos esses argumentos, o tribunal, ou a agência pode estar confiante de que a fusão não terá efeitos adversos competitivos. Por outro lado, a eficiência não é capaz de eliminar ou mitigar os efeitos anti-competitivos de uma fusão. As eficiências simplesmente fornecem um benefício de compensação, de modo que o tribunal ao exercer um juízo de valor irá julgar se os efeitos adversos foram compensados pela eficiência gerada, de modo que acarrete em bem-estar dos consumidores.

Portanto, em uma abordagem mais contemporânea, tem-se que as eficiências devem ser ponderadas na análise de equilíbrio, de acordo com a sua probabilidade de acarretar em benefícios para os consumidores. Sob esses critérios, a eficiência deve ser reconhecida na seguinte ordem: (1) redução de custos, (2) as sinergias resultantes da combinação dos ativos, (3) economias de escala, e (4) a resolução de desequilíbrios entre oferta e demanda. Para tais empreendimentos, os tribunais devem equilibrar *“tradeoff between efficiency gains and the potential anticompetitive losses.”*⁷⁴

3.9 - DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ABORDAGEM "TOP DOWN"

As políticas econômicas do Brasil pós II Guerra Mundial foram caracterizadas pela profunda intervenção governamental no mercado. A maioria das grandes empresas do

⁷³ ROGER D. BLAIR & DAVID L. KASERMAN, ANTITRUST ECONOMICS 205–06 (1985)

⁷⁴ Thomas L. Greaney & Jody L. Sindelar, Physician-Sponsored Joint Ventures: An Antitrust Analysis of Preferred Provider Organizations, 18 RUTGERS L.J. 513, 571 (1987).

país nas áreas de indústria, transporte e finanças era de propriedade do Estado. Os preços eram controlados pelo Estado, o que na realidade era feito com a cooperação do setor privado; as associações comerciais consultavam regularmente o órgão governamental que estabelecia os preços.⁷⁵

A primeira lei de defesa da concorrência do País surgiu em 1962. Trata-se da Lei 4.137, que então regulamentava o art. 148 da Constituição Federal de 1946, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).⁷⁶ Em que pese, a longa data de criação do Conselho, pode-se afirmar que em razão da crise política enfrentada pelo Brasil, em referência a experiência ditatorial, pode-se dizer que a lei de defesa da concorrência e o próprio Conselho possuíam uma representatividade bastante mitigada.

O CADE foi incumbido de, entre outras competências, impedir o abuso do poder econômico manifestado por meio da eliminação total ou parcial da concorrência, dado o controle generalizado do governo sobre a economia. No entanto, por conta do rígido controle da economia pelo Estado, a lei surtiu pouco efeito. Sendo assim, apenas ao final dos anos 80, é que a política econômica viu-se impelida a vergar para o lado da liberalização, desse modo a concorrência passou a assumir um papel de maior destaque e o Estado brasileiro teve que se preocupar mais com a sua função de promover um ambiente de livre concorrência.

O processo de liberalização econômica brasileiro foi iniciado em 1990, quando o Presidente da República promoveu uma série de reformas, incluindo a privatização e a liberalização de preços. Em 1994, em reação a um período de hiperinflação, foi adotado o Plano Real. Seus principais componentes foram a introdução de uma nova moeda, que à época estava atrelada ao dólar. Como parte das reformas de 1994, uma nova Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada, a Lei n.º 8.884/94. A nova lei revigorou o CADE, que se tornou uma agência independente, e introduziu o controle de fusões. A privatização das empresas estatais continuou durante os anos 90. Agências reguladoras novas e independentes foram criadas para os setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo e gás natural, transporte terrestre e aviação civil.

⁷⁵ Competition Policy International, Trustbusters, Competition Policy Authorities Speak Out, 38-42 (2009)

⁷⁶ Art. 8º da Lei 4.137/62: “É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, incumbida da apuração e repressão dos abusos do poder econômico, nos termos da presente lei.”

Neste contexto, a política de defesa da concorrência ganhou um novo marco legal e um novo quadro institucional. Criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico e, entrou em vigor a Lei 8.158/91. Tinha-se, portanto, uma bipartição organizacional do poder, pois, era evidente o exercício de uma função investigatória realizada pelo Ministério da Justiça (SNDE), e uma função judicante a ser exercida pelo CADE.

Pode-se dizer que a Lei 8.158/91 foi uma espécie de lei de transição, isso porque ela teve uma função emancipatória, mas a política de defesa da concorrência só veio a se concretizar institucionalmente no País com a Lei 8.884/94, de modo que a nova lei passou a estruturar o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, composto pela Secretaria de Defesa da Economia (SDE), a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), bem como dos Conselheiros do (CADE). Diante deste quadro, começou a se desencadear um acelerado processo evolutivo, com índices qualitativos considerados satisfatórios, inclusive, diante dos padrões de órgãos internacionais.

Nas palavras de Schuartz⁷⁷, o que foi decisivo para o bom desempenho institucional do CADE foi a importação dos autores estrangeiros de vanguarda que se transplantaram para cá, em curto período de tempo. As produções mais avançadas de quase dois terços de século de jurisprudência e sofisticada discussão acadêmica norte-americanas, preenchendo um vazio teórico que, na ausência de padrões decisórios arraigados que lhes desconfirmassem, por aqui se instalaram sem resistências significativas.

Portanto, no Brasil, instalou-se de forma muito rápida uma teoria muito complexa, que nos Estados Unidos era resultado de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato. Ou seja, os ensinamentos de Posner⁷⁸ quanto à escolha da melhor teoria normativa do direito antitruste nos Estados Unidos, com ressalvas de que os juízes deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista exclusivamente a maximização de alguma medida de bem-estar econômico, identificada com a soma dos excedentes do produtor e do consumidor, estavam sendo aplicados aqui no Brasil, pacificamente, como se fosse uma norma quase auto-evidente.

⁷⁷ Schuartz, Luis Fernando; A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/site/>; acesso em fevereiro de 2013

⁷⁸ Posner, “Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), pp. 433-450

Essa adaptação da *Law & Economics* no Brasil foi bastante facilitada pelo fator de que na composição institucional dos órgãos de Defesa da concorrência, tinha-se a presença influente de um significativo número de economistas. Cumpre ressaltar, neste ponto, que economistas orientam-se predominantemente em teorias, não em textos legislativos ou precedentes judiciais e administrativos. Deste modo, o trabalho dos economistas é mediado por teorias, metodologicamente rigorosas, de formulação e teste de hipóteses. Sendo assim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência optou por recorrer ao processo de evolução da literatura econômica americana.

Sendo assim, pode-se afirmar que a *Law & Economics* passou a ser uma das fontes do direito brasileiro, pelo menos no Sistema de Defesa da concorrência, em fator de produção, modificação e seleção das premissas normativas empregadas nos julgamentos de casos concretos. Observa-se mudanças na aplicação do direito quando aplicado a defesa da concorrência brasileiro, isso porque não se revelava nada exegético ou dogmático. A aplicação do direito antitruste brasileiro passou a adotar a estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica. Além disso, passou a apresentar características do consequencialismo, neste sentido observemos como Posner explanava a abordagem *top down*:

*Start with top-down. If we wanted to take a top-down approach to the Constitution we might proceed as have Dworkin, and Epstein, and Ely, and many others, each in his own way, by creating from a variety of sources-the text, history, and background of the Constitution (with the text given no particular primacy, because people who are sophisticated about interpretation know that text doesn't come first in any illuminating sense), the decisions interpreting the Constitution, and sundry political, moral, and institutional values and insights-a comprehensive theory of the rights that the Constitution should be deemed to recognize. Armed with such a theory one can select a main tradition of cases and discard or downplay the outliers and thus decide new cases in a way that will be consistent both with the theory and with the (duly pruned) precedents.*⁷⁹

O uso intensivo dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas, da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Esta revolução operou em diversos níveis, mas o seu maior impacto está no nível metodológico ricos em implicações teóricas.

A teoria normativa do direito da concorrência é uma teoria consequencialista do direito, ou seja, a teoria define os critérios de correção das soluções propostas, as decisões

⁷⁹ Posner, "Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), pp. 436.

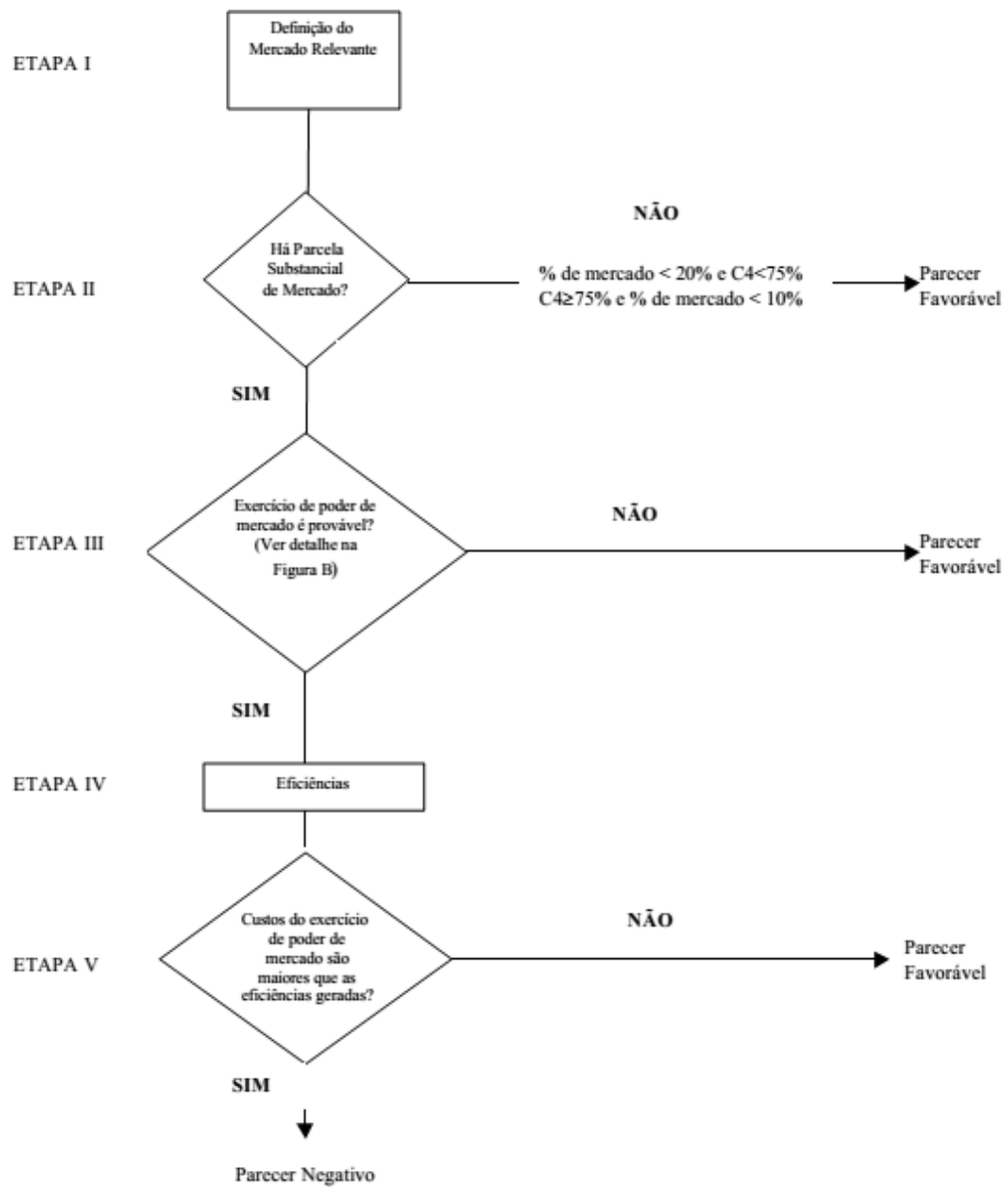
para os casos concretos que devem ser tomadas como referência, e desse modo, chegam a obtenção de um resultado pautado em um fim que estava positivado, mas que fora valorado pela teoria econômica. Nas palavras de Schuartz *"uma determinada teoria jurídica se revela consequencialista se algum dos critérios de correção jurídica definidos na teoria em questão para avaliação de decisões jurídicas for "monotonicamente sensível" às consequências das decisões"*.⁸⁰

A Teoria Oficial já produziu este resultado em larga escala, na medida em que foi quebrando a prescrição da maximização do bem-estar econômico em um conjunto sistemático e operacional de comandos de linguagem relativamente precisa e implementação, embora orientada para o futuro, predominantemente condicionada ao acesso a dados sobre fatos passados. Exemplos proeminentes estão nos Guias de análise de concentrações econômicas⁸¹. Conforme se observa fluxograma sistemático na página a seguir:

⁸⁰ Schuartz, Luis Fernando; A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência, página 06 . Acessível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>.

⁸¹ Portaria 50/2001, da SEAE/SDE, metodologia utilizada nos julgados do CADE.

Figura A:
As Etapas de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal



Pode-se observar que com grande velocidade foi se sedimentando no Brasil o conhecimento decorrente de diversos precedentes internacionais relacionados ao tratamento jurídico das condutas anti-competitivas horizontais e verticais –tudo isso de forma alinhada e consistente com os resultados teóricos e empíricos acumulados na literatura especializada. Na verdade, poder-se-ia dizer que houve a institucionalização da teoria *top-down*, rompendo paradigmas com relação a tradicional abordagem exegética dos textos normativos. Portanto, tem-se um evidente quadro em que no exercício do poder judicante um órgão regulador não se utiliza, exclusivamente, de dispositivos legais, mas também de precedentes, teorias econômicas e harmonização com a política do diploma aplicável em espécie.

CAPÍTULO 4 - A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SUA ESTRUTURA INSTITUCIONAL.

A política de concorrência no Brasil ganhou mais vigor com a publicação da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, que criou os três órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. A análise dos atos de concentração foi aprimorada pela adoção de procedimentos sumários, de forma que os atos de concentração que não apresentem problemas concorrenciais sejam analisados e aprovados rapidamente. Isso porque o novo sistema de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência foi criado a luz do seguinte princípio " *[...]o papel da política antitruste não é controlar ou intervir discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos[...]* " ⁸². Sendo assim, o SBDC ganhou rapidamente reputação de profissionalismo e esforço, ao mesmo tempo em que suas decisões refletiam um novo entendimento da política e análise da concorrência.

No caso do Brasil, o guia de para análise de atos de concentração horizontal expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, bebe muito da fonte do guia norte-americano de 1992, inclusive no tratamento dado às eficiências. A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial:

A Escola de Chicago teve profundas influências no direito da concorrência brasileiro, apresentando uma maior necessidade de empirismo na análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas, primeiro por conta da relativização das consequências de altas concentrações decorrentes de operações sujeitas a controle e depois por meio de um espaço grande na jurisprudência para análises

⁸² PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1º DE AGOSTO DE 2001(publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15), item 84.

seguindo a regra da razão (e não a regra per se)⁸³. Essa preferência por análise empíricas aproximou os advogados de economistas modificando o perfil das manifestações apresentadas ao CADE, seguindo, aliás, um exemplo que já era o modelo visto em autoridades estrangeiras. Mas, por outro lado, trouxe mais imprevisibilidade à análise, já que dependia de resultados empíricos das práticas ou atos, cuja causalidade nem sempre era óbvia ou determinante.⁸³

Desta forma, observa-se claramente, que baseada em uma abordagem empírica desenvolvida pela Escola de Chicago, a política de Defesa da concorrência do Estado brasileiro está voltada para a preservação de ambientes competitivos, sem que contudo haja uma intervenção discricionária, pois o objetivo é preservar e gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados. Neste sentido, a política brasileira irá se desdobrar tanto em uma análise preventiva (controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração - fusões, aquisições, e *joint ventures*); como também análises repressivas (controle de condutas ou práticas anti-concorrenciais). A partir desses objetivos, a política de defesa da concorrência pode atuar sob uma influência direta sobre as condutas dos agentes, como também por meio de ações preventivas que afetam os parâmetros estruturais.

Quando se fala em intervenção de caráter estrutural, que pode ser horizontal ou vertical⁸⁴, tem-se uma atuação do órgão regulador com vistas a impedir o surgimento de estruturas que aumentem o poder de mercado por parte das empresas que o integram:

Exercício do Poder de Mercado. O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros. A Decisão de Exercer o Poder de Mercado. O controle de uma parcela substancial de mercado é uma condição necessária, mas não suficiente, para que a nova empresa formada exerça o poder de mercado de que desfruta. Adicionalmente, é necessário que existam, no mercado, elementos que tornem lucrativa a restrição das quantidades ofertadas.⁸⁵

Já quando fazemos referência a uma política repressiva de condutas anti-concorrenciais, esta consiste basicamente em investigar empresas que lesam o ambiente concorrencial, de modo a condenar, desestimular e coibir seus respectivos comportamentos anti-competitivos. Trata-se, portanto, de evitar, através da ameaça de punição (multas

⁸³ Ragazzo, Carlos Emmanuel Joppert. 2013. "A Regulação da Concorrência" The Selected Works of carlos ragazzo; Available at: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20.

⁸⁴ Atos de concentração verticais estão focados sobre as fusões, aquisições ou joint ventures entre empresas que se relacionam - ou podem se relacionar - ao longo de uma determinada cadeia produtiva como vendedores e compradores. Já nos atos de concentração horizontais, a preocupação das autoridades antitruste está direcionada para aquelas situações que envolvem sobretudo as empresas concorrentes em um mesmo mercado, podendo levar a uma eliminação - total ou parcial - da rivalidade entre os agentes envolvidos.

⁸⁵ PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1º DE AGOSTO DE 2001(publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15), item 20.

pecuniárias), condutas da iniciativa privada que visem aglutinar a atividade econômica dos concorrentes, limitar a competição natural do mercado e/ou impor aos compradores condições desfavoráveis na aquisição de produtos.

4.1. Atos de Concentração (Regulação de Estrutura do Mercado) - Análise Preventiva.

A previsão de controle de atos de concentração surgiu com a Lei 8.884, os atos de concentração encontravam fundamento no artigo 54: "*Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de toda forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE*". Atualmente, a inteligência deste artigo se encontra sob a égide da nova lei, em seu artigo 88⁸⁶. Com fulcro na lei, o CADE deve realizar o controle de operações que envolvam grandes empresas, estabelecendo critérios para a notificação, sendo que um dos critérios utilizados é o faturamento das empresas; apenas empresas com faturamento acima de um determinado valor é que devem apresentar operações ao CADE

Essa linguagem parece incluir todos os atos de concentração, não somente as fusões. Em 2001, SEAE e SDE publicaram em conjunto um Guia⁸⁷ para a Análise Econômica de Atos de Concentração que, por suas condições, só se aplica às concentrações horizontais. O Guia confirma, no entanto, que o CADE também controla outras operações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes e de bens e serviços, tais como acordos horizontais entre concorrentes.

Tomando-se como referência o guia de análise para atos de concentração, observa-se claramente, a influência da Escola de Chicago, uma vez que os órgãos brasileiros

⁸⁶ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Os valores dos incisos I e II foram posteriormente alterados por portaria para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

⁸⁷ O guia para análise de atos de concentração horizontal foi expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, com o objetivo de padronizar e sistematizar o exercício do controle de estruturas pelas 2 (duas) Secretarias (tendo sido adotado na prática, também, pelo CADE). O documento detalha as etapas que compõem a análise concorrencial de um ato de concentração, com indicação de sua utilidade e dos procedimentos necessários para sua realização. No entanto, o CADE já começou a elaborar uma sistemática e uma padronização próprias de análise de atos de concentração para o novo modelo de controle de estruturas. Em que pesem os esforços da autarquia nesse sentido, cumpre ressaltar, porém, a inexistência de outros guias de análise que, a exemplo do que ocorre em algumas autoridades estrangeiras, auxiliam no exercício da atividade preventiva de defesa concorrencial.

se utilizam de uma metodologia sofisticada que visa a obtenção de efeitos líquidos⁸⁸ em um ato de concentração: *"Para avaliar os efeitos líquidos da concentração, além do mercado em que o ato ocorre, a SEAE e a SDE poderão considerar os efeitos sobre os demais mercados da economia. É possível, portanto, que as Secretarias concluam que os efeitos líquidos de uma concentração sejam negativos para a economia como um todo, ainda que nulos ou positivos no âmbito do mercado em que efetivamente ocorre."*⁸⁹

A grande maioria das notificações apresentadas, no entanto, envolveram fusões. O artigo 88 não contém determinações específicas que estabeleçam os critérios substantivos a serem empregados na análise dos atos de concentração, por este motivo esses mecanismos estão presentes na portaria supracitada⁹⁰. Contudo, o parágrafo sexto do referido artigo prevê que os atos de concentração que possuam os quatro atributos a seguir podem ser aprovados:

§ 6o Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência⁹¹ e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Esta linguagem pode ser interpretada da seguinte forma: o ônus de mostrar que a transação é economicamente benéfica recai sobre as partes do ato de concentração. Na prática, porém, o CADE não tem imposto tal exigência, intervindo apenas quando conclui que, em geral, haveria uma redução significativa da concorrência. O parágrafo é usado para proporcionar uma defesa com base nas eficiências, a ser aplicada somente aos casos de fusão que sejam considerados anti-competitivos.

⁸⁸ De acordo com a Portaria conjunta SEAE/SDE "Efeito Líquido Não-Negativo. Não reduzem o bem-estar econômico, isto é, geram um efeito líquido não-negativo, as concentrações: (a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou (b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado; ou (c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração

⁸⁹ PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1º DE AGOSTO DE 2001(publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15), p.5

⁹⁰ *idem.*

⁹¹ De acordo com a PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50 " São eficiências econômicas da concentração as melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pelo ato, que preços superior à queda na quantidade vendida, tornando o exercício do poder de mercado uma estratégia lucrativa para a empresa.

O Guia para a Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE emprega análises tradicionais para os atos de concentração. Ele descreve cinco etapas do procedimento: (1) definição dos mercados relevantes de produto e geográfico, (2) determinação sobre se a participação de mercado da nova empresa formada é suficientemente ampla para permitir o exercício de poder de mercado; (3) avaliação da probabilidade do poder de mercado a ser exercido após a concentração, (4) exame das eficiências geradas pela operação, e (5) avaliação do efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico. No primeiro passo, a definição de mercado, utiliza-se a metodologia para a definição dos mercados relevantes de produto e geográfico, que se baseia, principalmente, na substituição pelos consumidores como resposta a mudanças hipotéticas ocorridas no preço.

No segundo passo, o Guia descreve os níveis preocupantes de concentração de mercado quanto à possibilidade de exercício de poder de mercado, por duas formas: por uma única empresa, unilateralmente, quando essa empresa tem uma participação de mercado de pelo menos 20%, ou através de coordenação de empresas em um mercado em que o índice de concentração das quatro maiores empresas é de pelo menos 75% e a empresa resultante tem uma participação de mercado de pelo menos 10%. Se a concentração de mercado for superior a qualquer um desses níveis, a SEAE prosseguirá para o terceiro passo, considerando as condições de mercado relacionadas à probabilidade de exercício de poder de mercado.

Essas condições incluem a possibilidade de aumento das importações, as condições de entrada e outros fatores que podem afetar a rivalidade. Se, após a conclusão da terceira etapa, a SEAE continuar a alimentar preocupações com respeito aos efeitos concorrenciais da operação, a análise prossegue considerando os ganhos de eficiência que a fusão pode gerar, e finalmente a uma avaliação do efeito econômico líquido da operação.

Uma característica importante trazida pela nova lei que rege sobre o Direito da Concorrência está relacionada ao regime de notificação no Brasil, isso porque a obrigação passou a ser prévia *premerger*, ou seja, as partes estão proibidas de consumir a operação antes ou durante a análise do ato de concentração pelo SBDC.

Nos termos da antiga lei 8.884/94 a ausência de notificação prévia tinha implicações prejudiciais tanto para o procedimento como para a substância da análise de fusões no Brasil. Um efeito procedimental era o aumento do tempo de análise das fusões, isso porque O SBDC não estava sujeito a qualquer prazo formal para a tomada de decisões. Contudo, o § 2º do artigo 88 da nova lei foi bem incisivo em estabelecer que "*O controle dos*

atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda."

Dessa forma, as partes envolvidas em uma fusão não estão autorizadas a consumir a operação antes que a análise seja concluída, tem-se portanto, uma razão para que o processo seja célere. O resultado é que as partes se tornam mais sensíveis às solicitações de informação por parte do SBDC. Substantivamente, caso o CADE verifique que o ato de concentração é ilegal, os transtornos serão menores, uma vez que a fusão ainda não foi consumada. Especificamente, a capacidade do CADE de proibir inteiramente uma operação é, neste caso, facilitada, por ter a necessidade de determinar um possível desfazimento de uma fusão que já fora consumada, uma tarefa sobremaneira complexa.

Pode-se dizer que são poucos os casos reprovados pelo CADE, pois o conselho diz que, sempre que possível, prefere adotar remédios que permitam operações relevantes de avançarem, preservando os ganhos de eficiência e a economia de escala tão importantes e necessários para a economia brasileira. O setor privado brasileiro tem ganhando experiência na interpretação das disposições sobre atos de concentração. Pode-se dizer que o número de casos pode ser considerado elevado, como se vê na Tabela abaixo.

Tabela 3. Atos de concentração de 2004 a 2009

	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Atos de concentração notificados	516	386	411	591	616	306
Aprovados	574	345	352	490	550	364
Aprovados com restrições	43	37	20	37	58	19
Reprovados	1	0	0	0	1	1
Número de acordos firmados	0	3	1	4	8	3
% do total aprovados com restrições	7.2	9.7	5.4	7.0	9.7	5.2
Casos de notificação intempestiva	18	8	13	24	20	13

* Janeiro a Setembro

Esses dados mostram o declínio do número de fusões notificadas em 2005 e 2006 em relação a 2004. Grande parte desse declínio se deve à decisão do CADE de aplicar o critério de 400 milhões de receita somente para as receitas brasileiras. Em 2007, o CADE emitiu outras normas que esclareceram a necessidade de notificação em determinadas situações específicas. No entanto, o número de notificações aumentou novamente em 2007 e 2008. O aumento é atribuído ao fortalecimento da economia naqueles anos e às flutuações da moeda, que favoreceram fusões envolvendo empresas brasileiras. A queda em 2009 reflete a crise econômica no Brasil e no mundo.

4.2 ESTUDO DE CASO - UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O CASO AMBEV⁹²

As empresas Cia. Antarctica Paulista⁹³ e Cia. Cervejaria Brahma⁹⁴, respectivamente controladas pela Fundação Antônio Helena Zerrenner e pelas empresas BRACO SA e Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – ECAP, submeteram à apreciação do CADE, em 02 de setembro de 1999, a associação denominada AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas. As requerentes celebraram atos societários com o fim de reunir sob o mesmo controle acionário as respectivas companhias controladas, por meio da constituição de uma nova sociedade anônima, denominada Companhia de Bebidas das Américas – AmBev.

O conglomerado resultante dessa fusão, AmBev, se tornou a maior produtora de cerveja do país, decorrente de uma fusão ocorrida entre as duas maiores cervejarias do Brasil à época, Brahma e Antarctica, que controlavam cerca de 50% e 25%, respectivamente, das vendas nacionais de cerveja. A transação atraiu grande interesse e claramente apresentou significativos problemas competitivos.

A justificativa apresentada pelas Requerentes para que o ato de concentração fosse autorizado pelo conselho deliberativo consistia na necessidade de criar um concorrente nacional apto a enfrentar o mercado mundial de cervejas, que é altamente concentrado em muitos países, sendo que em alguns deles uma ou duas cervejarias dominam mais de 70% do mercado, entre elas podem ser citadas a *South African Breweries* que detém mais de 90% do mercado da África do Sul e a *Quinsa* que possui 73% do mercado argentino.

A união entre a Antarctica e a Brahma criou a terceira maior cervejaria do mundo e a maior da América Latina, em produção; e no mercado de bebidas mundial assumiu

⁹² Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12.

⁹³ “A ANTARCTICA é empresa de nacionalidade brasileira, de capital aberto, com sede em São Paulo. Atua na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, águas e sucos) e na fabricação de malte, insumo básico para a produção de cerveja. Seus maiores acionistas são Fundação Antonio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência (87,91%); Administração Comercial Lagomar S/A (2,43%); e Administração Itaipava (0,27%).” Informações publicadas disponibilizadas no Parecer n.º 188/ 99/ MF/ SEAE/ COGSE/COGDC; Brasília, 11 de novembro de 1999; **Referência:** Ofício MJ/ SDE/ GAB n.º 3165/99, de 02 de julho de 1999; ATO DE CONCENTRAÇÃO n.º 08012.005846/99-12

⁹⁴ “A Brahma é uma empresa de origem brasileira, de capital aberto, com sede no Rio de Janeiro-RJ. Atua na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, águas, chás e isotônicos) e na fabricação de malte, insumo básico para a produção de cerveja. Seus maiores acionistas são a Empresa de Consultoria, Administração e Participações – Ecap, com 30,65 %, e Braco S/A, com 24.43% de participação em seu capital ordinário. As demais ações ordinárias encontram-se distribuídas entre um grande número de pequenos acionistas no mercado”. **Referência:** Ofício MJ/ SDE/ GAB n.º 3165/99, de 02 de julho de 1999; ATO DE CONCENTRAÇÃO n.º 08012.005846/99-12

a quinta colocação. No Brasil, a AmBev passou a concentrar 67% do mercado de cervejas, passou a atuar em 18 Estados da Federação, além das fábricas no Uruguai, na Argentina e na Venezuela, e conta com franquias de refrigerantes nos Estados Unidos, Japão e Portugal. As operações de exportação das duas empresas juntas já se encontravam em mais de 25 países.

O principal argumento a favor da fusão, anunciado pelos grupos controladores da Antarctica e da Brahma era o seu fortalecimento para não serem presas futuras do capital estrangeiro e da desnacionalização. Neste sentido, é válido observar que o discurso apresentado pela AMBEV, e que mereceu destaque no relatório do conselheiro relator foi o seguinte: *“A AmBev afirmava que a reunião das empresas era a única via encontrada para que houvesse um enfrentamento competitivo diante da formação de blocos internacionais, garantindo a sobrevivência das empresas genuinamente brasileiras”*.

Ou seja, utilizando-nos de termos técnicos a tese de justificação da AMBEV estava alicerçada nos ganhos de Economias de Escala, tendo em vista a afirmação das requerentes de que a operação traria significativos ganhos de escala na aquisição de insumos, na configuração fabril e nos custos de puxada. O que pretendia se provar era que empresas atuantes que produzem em grande escala são capazes de fazê-lo a um custo unitário inferior ao da nova empresa com produção menor, isto é, será muito superior o custo de produção com escalas mais baixas. Os preços de uma indústria muito reduzida poderão atingir níveis não lucrativos.

Além disso, as Requerentes afirmavam perante o CADE que o surgimento da AmBev poderia acarretar maior capacidade financeira para captar recursos de terceiros, tendo em vista a soma dos fluxos de caixa das duas empresas, reduzindo o nível de endividamento e aumentando o múltiplo de valoração das ações da nova empresa, que surgiria com expectativa mais firme e mais positiva no que concerne à taxa de expansão e a taxa de rentabilidade. Por fim, a AMBEV também falava ganho de sinergia, ou seja, argumentava que a fusão ensejaria sinergias produtivas de modo a transferir seus benefícios ao mercado e ao consumidor, mediante preços menores e opções mais amplas de produtos de melhor qualidade, a saber:

Diante deste quadro, o CADE se posicionou afirmando, por meio do voto de seu conselheiro relator, que é preciso que se faça também um exercício que envolva o poder de mercado em âmbito nacional e a projeção das empresas em âmbito internacional, frente ao processo de globalização. Nesse sentido, inclusive, houve referências a manifestação do Ex-

Conselheiro da Casa, RENAULT DE FREITAS CASTRO, em seu voto, quando da análise do AC. n. 58/95, que envolvia as empresas Brahma e Miller:

A crescente internacionalização da economia, resultante, em especial, da redução de barreiras ao comércio mundial, da maior velocidade das inovações tecnológicas e dos grandes avanços nas comunicações, tem permitido e até exigido das grandes empresas esforço considerável para expandir rapidamente seus mercados, levando a todos os espaços possíveis e variáveis seus produtos ou serviços. Este movimento que, na verdade, só é novo no que se refere à sua velocidade e intensidade, pode ser altamente positivo para o mercado e para as nações, de um modo geral, desde que dele resultem maior equilíbrio competitivo e comercial, o que ressalta o papel cada vez mais imprescindível das políticas industrial de comércio exterior e de defesa da concorrência (a da necessidade de articulação entre elas) na agenda da globalização da economia.” Partindo-se do princípio de que a chamada globalização não é panacéia para os males distributivos de que padece a economia mundial, as fusões e associações de empresas, assim como os investimentos diretos explicados ou induzidos por esse “fenômeno”, devem merecer cuidadosa avaliação de seus custos e benefícios sociais para o país, como em qualquer outro caso, sem a contaminação de exageros nacionalistas ou liberais, mas tendo sempre em vista os altos interesses das políticas públicas nacionais, especialmente, aquelas acima mencionadas”.⁹⁵

O Posicionamento do CADE diante do ato de concentração fica bem claro ao analisarmos as palavras constantes do voto da Conselheira Hebe Romano: “*É importante acrescentar que as operações de fusões, aquisições e ou qualquer outro tipo de Ato de Concentração econômica, visto pelo CADE, não pode ser analisado apenas como um ato de mercado interno, na busca de soluções de curto prazo e de impactos apenas para dar satisfação à opinião pública*”. A pretensão era demonstrar que o CADE tinha um papel eminentemente técnico a cumprir, que é o de colaborar com a ordem econômica, fortalecendo-a, de modo a lançar a economia brasileira no contexto da economia mundial para enfrentar eficientemente a competitividade internacional.

Ao contrário deste discurso, a Kaiser, uma das concorrentes no mercado de cervejas, foi a primeira empresa a se pronunciar contra a fusão, alegando que a haveria formação de monopólio, o que permitiria à AmBev impor aumentos abusivos de preços e que a fusão nada mais seria que um disfarce da aquisição da Antarctica pela

⁹⁵ Ato de Concentração nº 58/95; Interessadas: Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc 18/07/97, Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro

Brahma. A Cervejaria apresentou cálculos que previam milhares de demissões nas duas empresas. A Coca-Cola, ligada à Kaiser, também se sentiu prejudicada pela fusão, que tem como objetivo levar seu concorrente, o Guaraná Antarctica, para competir no mercado internacional. Porém, os interesses da gigante estrangeira não foram mencionados no processo.

Diante deste quadro crítico, houve divergências dentro do SBDC sobre qual o remédio adequado para que a operação pudesse ser aprovada. Contudo, em uma análise crítica, pode-se observar que o CADE se utilizou fortemente da teoria da Escola de Chicago, ou seja, utilizou-se de um estudo econométrico complexo com a finalidade de se identificar as eficiências que poderiam advir da operação.

Sendo assim, após longo período de análise, concluiu-se que a constituição da Ambev resultaria em aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos bens ofertados, geraria eficiências de escopo e desenvolvimento tecnológico capazes de compensar os prejuízos potenciais à concorrência advindos da operação. Deste modo, conforme autorizado pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94, entendeu-se que em razão das potenciais eficiências da operação, o CADE poderia autorizar com restrições a operação que resultou na criação da Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

4.3 ANÁLISES ECONÔMETRICAS E OS PARECERES DAS SECRETARIAS DO SBDC.

Entre os procedimentos técnicos adotados pelo CADE para aprovação de determinado ato de concentração, tem-se a necessidade de definir o mercado relevante⁹⁶ da operação, que em síntese é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa concentrada.

Portanto, pela definição do mercado relevante, tem-se a prospecção de reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos, em outros termos, pode-se falar no grau de substituição⁹⁷ entre os produtos ou fontes de produtores. Assim, um mercado

⁹⁶ De acordo com PORTARIA CONJUNTA SEAE/SDE Nº 50, DE 1º DE AGOSTO DE 2001, "A *definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites.*"

⁹⁷ "Para se definir a dimensão produto do mercado relevante, no caso de cerveja, procurou-se levar em consideração o grau de substitutibilidade existente, por parte do consumidor, entre: (i) cerveja e outras bebidas

pode ser definido como a área em que a concorrência entre as empresas é mais acirrada. A possibilidade de substituir produtos é sempre levada em consideração, contudo, não é o único fator para determinar os limites do mercado.

Quanto ao mercado relevante, definiu-se que estava adstrito aos mercados de águas, refrigerantes e cervejas, apesar da operação envolver outros mercados além dos acima definidos (os mercados de chás, isotônicos, sucos e malte). Na oportunidade, o plenário do Conselho entendeu que a operação implicou grau de concentração preocupante, de modo que deveria ser realizada uma análise mais cuidadosa sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado após a operação. Quanto a definição do mercado relevante, vale observar a tabela abaixo:

TABELA 2

CERVEJA - PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL EM VOLUME, POR MERCADO RELEVANTE E TOTAL BRASIL - 1998/1999						
Empresa	Sul	Sudeste	Oeste	Nordeste	Norte	Brasil
Antarctica	23,8	21,7	19,6	43,1	73,4	25,4
Bavária ¹	3,5	7,6	6,8	8,9	5,1	7,1
Brahma/Skol	41,3	52,1	53,1	37,7	18,4	48,1
Brahma	19,1	23,8	19,1	37,7	18,4	24,4
Skol	22,2	28,3	37,0	-	-	23,7
AmBev	65,1	73,8	75,7	80,8	91,8	73,5
Kaiser	21,4	14,3	13,3	9,8	8,2	15,9
Schincariol	5,8	-	-	6,0	-	7,5
Outros	7,7	11,9	11,0	3,4	-	3,1

Fonte: Voto do Conselheiro Ruy Santacruz

Como pode ser observado pelo gráfico acima, a fusão implicaria uma alta concentração em todos os mercados relevantes definidos, além disso, cumpre destacar que o mercado de cervejas apresenta elevadas barreiras à entrada, ligadas a algumas características do mercado tais como a diferenciação de produtos. Com base nesses dados em destaque, pode-se concluir evidentemente que a operação implicaria limitação da concorrência no mercado relevante de cervejas.

alcoólicas; (ii) cerveja e bebidas não-alcoólicas; (iii) diferentes tipos de cerveja; e (iv) diferentes categorias de cerveja. Com relação à substitutibilidade entre cervejas e outras bebidas alcoólicas, na indisponibilidade de estudos brasileiros, foram levados em consideração os estudos de Kenneth Elzinga¹⁵ e Douglas Greer, citados no parecer da Conselheira Lucia Helena Salgado em referência à joint venture Anheuser-Busch/Antarctica (Ato de Concentração n.º 83/96). Tais estudos concluem que a elasticidade-cruzada da demanda entre cerveja e outras bebidas alcoólicas é baixa, significando que as outras bebidas alcoólicas não são substitutos próximos para a cerveja.” Parecer n.º 188/ 99/ MF/ SEAE/ COGSE/COGDC Brasília, 11 de novembro de 1999.

Da análise de mercado feita, principalmente evidenciada pelo parecer da SEAE, foi possível concluir que a AmBev contaria com uma parcela de mercado suficientemente elevada para tornar possível o exercício do poder de mercado nos mercados relevantes de cervejas e o de refrigerantes.

Neste ponto, os pareceres econômicos se utilizaram da vertente antitruste proveniente da Escola de Chicago, em que se busca avaliar as condições para exercício unilateral do poder de mercado por meio de estimações econométricas, baseadas na elasticidade-preço (da indústria e da marca). Diante disso, optou-se por examinar variáveis qualitativas que auxiliem a inferir o comportamento da demanda pelos produtos da AmBev. Com essa finalidade, as variáveis usualmente consideradas são: i) as importações; ii) as condições de entrada⁹⁸ nos mercados relevantes e a iii) rivalidade⁹⁹.

À época, constatou-se que: i) as importações não eram suficientes, e nem um possível antídoto ao exercício unilateral do poder de mercado pela empresa concentrada na indústria de cerveja; ii) quanto às barreiras de entrada no mercado, a Secretaria de Acompanhamento Econômico se manifestou em seu parecer nos seguintes termos:

É importante considerar, complementarmente, que a entrada seria restrita a um dos quatro mercados relevantes. Assim, ainda que ela fosse suficiente para disciplinar o comportamento da AmBev nesse mercado, não há razão para se supor, a priori, que esse efeito seria extensivo aos outros quatro mercados. Para ser “suficiente”, essa entrada precisaria: (i) ocorrer no mercado *high end*, o que a tornaria mais difícil, dados a existência de excesso de capacidade e os *sunk costs* relativos aos investimentos em publicidade em distribuição e (ii) ocorrer geograficamente em todos os cinco mercados relevantes definidos.¹⁰⁰

Pelos estudos econômicos realizados, observou-se que a entrada de novas marcas no mercado enfrentaria problemas com a fixação da marca e a distribuição, neste ponto foram levantadas as despesas com publicidade das três maiores empresas da indústria

⁹⁸ “A entrada de novos competidores é outro fator que pode inibir o exercício de poder de mercado da empresa concentrada, quando for “fácil” e suficiente. A entrada será considerada “fácil” quando existir uma alta probabilidade de ocorrer em um período de tempo igual ou inferior a 2 anos. A entrada será considerada provável quando as escalas mínimas viáveis forem inferiores às oportunidades de venda”. Parecer n.º 188/ 99/ MF/ SEAE/ COGSE/COGDC, Brasília, 11 de novembro de 1999, Pág. 35.

⁹⁹ “Assume-se que a demanda é suficientemente inelástica e, logo, o poder de mercado unilateral tem probabilidade não-nula de ocorrer 52se: (i) as importações não forem efetivas⁵³; (ii) a entrada não for “fácil” ou “suficiente” 54; e (iii) a rivalidade entre as empresas instaladas for baixa.” Parecer n.º 188/ 99/ MF/ SEAE/ COGSE/COGDC; Brasília, 11 de novembro de 1999.

¹⁰⁰ Parecer n.º 188/ 99/ MF/ SEAE/ COGSE/COGDC; Brasília, 11 de novembro de 1999, página 40

de cervejas, que era bastante elevada. Os estudos realizados pela SEAE concluíram que os gastos com publicidade são um obstáculo à entrada no mercado de cerveja, e a estabilização de uma logística de distribuição (terceirização vs. verticalização) também poderia ser uma barreira à entrada.

Um último conjunto de variáveis que afeta a probabilidade de exercício do poder de mercado pela empresa concentrada refere-se à rivalidade entre ela e as demais empresas instaladas. A rivalidade será considerada efetiva quando for capaz de disciplinar o exercício do poder de mercado, no caso AMBEV, o Parecer econômico dado foi o seguinte:

As duas conclusões mais relevantes para a Presente análise são as seguintes: (i) no mercado cerveja-garrafa, Brahma substitui Antarctica, mas a Kaiser não substitui nenhuma das duas.[...] Em síntese: a rivalidade proporcionada pelas marcas Kaiser e Schincariol não seriam suficientes para tornar economicamente desinteressante um aumento de preços de uma das marcas da AmBev no mercado cerveja-garrafa. É possível, vale ressaltar, que esse resultado se altere para o caso do mercado de cerveja-lata, onde há evidências de que a Kaiser é um rival efetivo. Entranto, como já mencionado anteriormente nesse Parecer, a participação do segmento cerveja-lata na indústria de cerveja é bastante minoritário.[...] Assim, considerando: (i) a inexistência de evidências significativas de alta elasticidade-cruzada entre as marcas da AmBev e as marcas rivais; (ii) os indícios de que os consumidores da cerveja Brahma Antarctica e Skol consideram essas marcas as suas três primeiras opções; e (iii) a existência de virtuais “monopólios regionais” torna-se impossível considerar a rivalidade como um antídoto efetivo ao exercício unilateral de poder de mercado.¹⁰¹

Após a análise dos efeitos econômicos da operação, a Secretaria de Acompanhamento Econômico prolatou conclusão de que a operação apenas acarretou perdas para a eficiência econômica e para o bem-estar do consumidor no mercado de cerveja, pelos seguintes motivos:

As perdas de eficiência econômica e bem-estar do consumidor derivam do fato de que, no mercado de cervejas: a) a participação de mercado das requerentes é suficientemente alta para viabilizar o exercício do poder de mercado, em especial, na forma de aumentos de preços; b) as importações não são e nem poderão vir a ser em um prazo de tempo razoável uma opção efetiva para os consumidores; c) a entrada de novas empresas não é suficiente para inviabilizar aumentos de preços; d) as demais marcas existentes não são alternativas efetivas

¹⁰¹ Parecer n.º 188/ 99/ MF/ SEAE/ COGSE/COGDC; Brasília, 11 de novembro de 1999, página 45.

para os consumidores das marcas que estariam sob controle das requerentes; e) as eficiências alegadas pelas requerentes não parecem compensar as perdas para os consumidores e para a eficiência econômica, derivadas de um provável aumento de preços de cervejas;

Os pareceres emitidos foram conclusivos em afirmar que a AMBEV, com a concentração, iria dispor de condições mais propícias do que as concorrentes para trabalhar com a elevação de preços de suas marcas, além disso a AMBEV reuniria sob um mesmo comando estratégico um conjunto de marcas de elevada participação e aceitação no mercado, portanto poderia utilizar o seu vasto portfolio para a dominação de mercados regionais, de acordo com a especificidade de cada mercado.

Com base nos estudos realizados, ambas as Secretarias concluíram que a fusão pretendida pelas requerentes teria como efeito o aumento do poder de mercado das empresas fusionadas. Neste sentido, é válido fazer referências sintéticas quanto aos dois pareceres. Sobre a operação, afirma a SDE, em seu parecer: *“De todo o exposto nos autos, conclui-se que a presente operação confere à AmBev um substancial poder de mercado. Apenas retomando alguns dados, a participação de mercado das requerentes ficará bastante elevada, com mais de 65% das vendas de cerveja em todos os mercados relevantes geográficos definidos pela SDE, chegando a percentuais superiores a 80% e 90%, nos mercados 4 e 5, respectivamente.”*

As exigências sugeridas pela SEAE eram referentes as restrições que envolviam a venda de negócios/empresas coligadas, praticando-se a alienação de todos os ativos relacionados ao negócio, de sorte a garantir sua viabilidade econômica; e ainda deveria se estabelecer um prazo restrito para que as requerentes cumprissem com a obrigação de alienação. Sendo assim a SEAE fez a seguinte recomendação:

RECOMENDA que, para sua aprovação, sejam requeridas: i)- A alienação da totalidade dos ativos tangíveis e intangíveis correspondentes à integralidade do negócio de cervejas associado à marca Skol. ii) Por ativos tangíveis e intangíveis, entende-se, entre outros: a) as marcas; b) as plantas necessárias a sua operação nos níveis compatíveis com as participações de mercado atuais, que incluem: a Skol Filial Brasília (Gama/DF); a Skol Filial Guarulhos (Guarulhos/SP); a Skol Filial Nova Lima (Nova Lima/MG) e a Skol Filial Londrina (Londrina/PR); c) os contratos de distribuição do produto; d) demais contratos vinculados ao negócio Skol;- A alienação de: a) uma das duas plantas localizadas em Cuiabá, a saber: Cuiabana – Av. Archimedes Pereira Lima, km 2,5, Coxipó, Cuiabá/MT; Filial Cuiabá – Av. Antartica, 2.999, Cuiabá/MT; b)

uma das duas plantas localizadas em Manaus, a saber: Miranda Correa – Rua Com. Alexandre Amorim, 26, Manaus/AM; Filial Manaus – Av. Constantino Nery, 2.575, Manaus/AM.

Em que pese todas as Recomendações feitas pela SEAE, o posicionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi o de que o papel da política antitruste não é controlar ou intervir discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos. Sendo assim, para que a consecução do ato não gerasse prejuízos à eficiência econômica ou ao bem-estar do consumidor, foram identificadas alternativas, à época, que foram encaminhadas para o conselho deliberativo, que consistiam em aprovar o ato com restrições.

Sendo assim, o Conselho Administrativo houve por bem aprovar o ato, com poucas restrições, uma vez que identificou ganhos de eficiência na operação, concluindo assim que a concentração geraria eficiências, estando atendida, portanto, a condição prevista no item I, §1º do art. 54. As restrições feitas pelo CADE condicionantes para aprovação do ato foram as seguintes:

- 1 As Requerentes deverão incluir na proposta ao mercado a venda das marcas Bavaria e Polar, detentoras hoje, conjuntamente, de aproximadamente 6,0% do mercado nacional, bem como a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados às respectivas marcas;
- 2 As Requerentes deverão incorporar na proposta a alienação de uma unidade fabril para a produção de cerveja localizada em cada uma das regiões do mercado geográfico relevante,
- 3 As Requerentes deverão se comprometer a compartilhar sua rede de distribuição com a compradora em todos os mercados relevantes regionais, durante o prazo fixado nesta decisão;
- 4 A AmBev deverá se comprometer a manter o nível de empregos, sendo que a eventual dispensa sem justa causa, que venha a ocorrer nos próximos quatro anos, deverá ser justificada ao CADE, através de estudos que comprovem a modernização.

A crítica que pode ser feita, anos mais tarde, com base na aprovação do ato de concentração em referência é a de que a operação aprovada resultou apenas no aumento de

posição dominante no mercado de cervejas, sem ocorrência de eficiências internas (no âmbito nacional) capazes de neutralizar as probabilidades de dano à concorrência. É inegável que a presente operação foi aprovada levando-se em consideração apenas o mercado mundial, em detrimento da concorrência interna. Além disso, a aprovação gerou grandes dificuldades para que empresas nacionais pudessem se desenvolver de modo a também fazer face à globalização.

Outra observação negativa quanto a atuação do CADE na aprovação do presente caso é a de que o conselho não se ateve a demonstração da existência de eficiências substanciais, que é pressuposto fundamental para que se formule a possibilidade de compartilhamento das eficiências, como determina o parágrafo II, §1º do art. 54. Ou seja, ainda que as Requerentes demonstrem numericamente que a operação trará inovações e ganhos de competitividade, com aumento da produção, melhoria da qualidade do produto relevante e do desenvolvimento tecnológico, não há como se descuidar das possibilidades advindas do poder de mercado que foram constatadas no setor, bem como das fortes barreiras existentes.

Portanto, a crítica feita é a de que não basta demonstrar que os ganhos de eficiência resultantes da operação compensam as perdas alocativas (“peso morto”), mas que, efetivamente, os consumidores devem beneficiar-se equitativamente das eficiências geradas. Neste sentido, o CADE se ateve muito as informações prestadas pelas Requerentes, sendo que após a operação foi possível constatar que as reduções de custos efetivamente não ocorreram, além disso as empresas envolvidas na concentração maximizaram os lucros na situação pós-fusão.

4.4 CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS PÓS-FUSÃO.

Pode-se afirmar que a operação resultou na eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado de cervejas, em que pese ter proporcionado eficiências compensatórias. Sendo assim, o Plenário do CADE aprovou a operação, desde que condicionada à assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD)¹⁰², que teria

¹⁰² *Guia Prático do CADE : a defesa da concorrência no Brasil 3. ed. revista, ampliada e bilíngue.* – São Paulo : CIEE, 2007. 112 p. ; Economia-Brasil I. Título II. " O TCD determinou a implementação do chamado “conjunto integrado de medidas” (subcláusula 2.1), que compreendeu a venda da marca Bavária, a alienação de 5 (cinco) fábricas e o compartilhamento da distribuição. Além disso, a AMBEV deveria compartilhar sua rede de distribuição em cada um dos cinco mercados geográficos relevantes definidos (subcláusula 2.2), desativar as demais fábricas apenas mediante oferta pública (subcláusula 2.3), manter o nível de emprego, sendo que eventuais dispensas associadas à reestruturação empresarial deveriam ser acompanhadas de programas de retreinamento e recolocação (subcláusula 2.4), não impor exclusividade aos pontos de venda

vigência de 5 anos. As determinações tiveram como um de seus principais objetivos permitir a entrada de um novo participante no mercado, sem que o mesmo tivesse todos os custos associados à criação de uma rede de distribuição, a construção de uma rede fabril e a fixação de uma marca.

O CADE em sua decisão de aprovação condicionada decidiu requerer a alienação de uma das marcas menores controladas pelas duas empresas, juntamente com outros remédios comportamentais desenhados para promover o ingresso ou a expansão de marcas menores. Houve poucas entradas de concorrentes no mercado, e estudos de acompanhamento após a fusão sugeriram que os preços aumentaram. Nos últimos anos, a AmBev filiou-se, por meio de atos de concentração, a várias outras cervejarias internacionais (incluindo a maior cervejaria da Argentina), e hoje é uma subsidiária da *Anheuser Busch InBev*, com sede na Bélgica, a maior cervejaria do mundo.

Em 2004, a SDE deu início a Processo Administrativo contra a AmBev, relativo a um programa de fidelidade¹⁰³ que a companhia instituiu. O programa atribuía pontos aos estabelecimentos de varejo, baseado em suas compras de cervejas da AmBev, que poderiam ser trocados por brindes. Por este lado, o programa não era exclusionário, mas a investigação, que incluiu uma inspeção que produziu importantes provas documentais, revelou que, na prática, a AmBev efetivamente exigia dos varejistas que comprassem exclusivamente suas cervejas para participar do referido programa.

Em 2009, o CADE deliberou que tal conduta era um abuso de posição dominante, determinando à AmBev que encerrasse o programa e aplicando à empresa multa no valor de 2% de seu faturamento total no Brasil em 2002. A multa foi de cerca de R\$353 milhões (US\$ 206 milhões), uma das maiores já impostas pelo CADE.

Além deste caso de conduta anti-concorrencial, O CADE também analisou um segundo caso contra a AmBev¹⁰⁴. Grande parte da cerveja vendida no Brasil é embalada em

(subcláusula 2.5) e adotar todas as medidas visando alcançar as eficiências pertinentes à fusão (subcláusula 2.6)."

¹⁰³ Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 2013. "A Regulação da Concorrência" The Selected Works of carlos ragazzo; disponível em : http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20, "Exemplo marcante é a condenação da AMBEV pelo Programa "Tô Contigo" (PA nº 08012.003805/2004-10). Em síntese, tratava-se de um programa de fidelização dos Pontos de Venda patrocinado pela empresa que, na prática, revestia-se de exclusividade de comercialização. O ponto focal do ilícito concentrou-se na relação informal entre os Pontos de Venda e a AMBEV, fora, portanto, da relação contratual existente entre os dois."

¹⁰⁴ Idem. "Essa tese foi utilizada recentemente em 2 (duas) investigações realizadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em face da AMBEV. Nos dois casos, foram discutidas supostas inovações patrocinadas pela empresa em seus vasilhames retornáveis de cerveja vis-à-vis seus impactos no sistema de

garrafas reutilizáveis. As garrafas têm um tamanho padrão (600 ml), permitindo que os fabricantes de cerveja do país possam coordenar a sua reciclagem (para reutilização). A AmBev introduziu no mercado uma garrafa de 630 ml, sendo que seus concorrentes menores reclamaram que isso iria aumentar os seus custos de reciclagem.

Portanto, a investigação se restringia em analisar se a introdução da garrafa de 630 ml, pela AMBEV, teria o condão de aumentar os custos dos seus concorrentes, ao tornar necessária a separação entre elas e as comuns nos pontos de venda, nas linhas de distribuição e nas linhas de produção. Isto porque não é permitido aos concorrentes o uso da garrafa de 630 ml, não intercambiável com as comuns no sistema de compartilhamento. A SDE adotou uma medida preventiva, que proibia a AmBev de introduzir a nova garrafa enquanto o processo continuasse. A AmBev recorreu dessa decisão ao CADE, o que é admissível no âmbito da lei de defesa da concorrência. O CADE suspendeu parcialmente a ordem, restringindo a área geográfica em que a AmBev poderia introduzir a garrafa e a obrigou a criar um programa temporário de trocas sob o qual a AmBev iria absorver a maior parte dos custos adicionais.

O caso só pode ser solucionado em 20 de outubro de 2012, quando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) celebrou termo de compromisso de cessação (acordo) com a AMBEV, a fim de encerrar processo administrativo que envolvia suposta conduta anticompetitiva praticada pela companhia. Por meio desse acerto, a AMBEV se comprometeu a retirar a garrafa do mercado, além de outras obrigações acessórias, encerrando, assim, o processo administrativo. O acordo celebrado é uma medida alternativa, capaz de evitar uma dispendiosa instrução e encerrando uma discussão que já se alongava há mais de dois anos.

Além dessas condutas anti-concorrenciais que ganharam evidência, cumpre também destacar quais foram os efeitos sofridos pelo consumidor. No ano de 1999, quando foi anunciada a fusão das cervejarias, o preço médio real de venda da cerveja era R\$ 1,43. No ano seguinte (2000), com a aprovação da fusão o preço saltou para R\$ 1,68, aumentando

distribuição de cervejas de seus concorrentes. Ainda que um caso tenha sido encerrado por meio de termo de compromisso de cessação e outro arquivado no mérito, o cerne da discussão era justamente a possibilidade da AMBEV, por meio de alterações realizadas em suas garrafas de cerveja, elevar significativamente o custo de seus rivais e, no longo prazo, poder elevar seus preços de forma significativa e não transitória. As investigações desses 2 (dois) casos resultam, justamente, das inovações teóricas trazidas pela Escola Pós-Chicago."

17,48% em relação ao ano anterior, e, 59,65% em relação a 1995¹⁰⁵. Demonstrando assim, os impactos iniciais da presença da AmBev no mercado. Verifica-se, portanto que para o consumidor final, a fusão das cervejarias não foi benéfica, pois os aumentos ocorridos nos preços reais da cerveja foram em níveis muito maiores que a inflação do período.

CONCLUSÃO

A Sociedade pós-moderna apresenta demandas que exigem que o Direito se revele cada vez mais sistemático e apto, por meio de técnicas especializadas, a dizer o direito sob uma perspectiva científica, capaz de gerar padrões sociais (segurança jurídica). Sendo assim, pode-se implementar tentativas para que haja uma maior comunicabilidade entre o direito e as teorias econômicas.

Neste sentido, diante da perspectiva histórica desenvolvida no decorrer deste trabalho, pode-se chegar à conclusão de que as tentativas de análise econômica do Direito, principalmente, o embate ideológico da Escola de Harvard e da Escola de Chicago foram extremamente valiosas. Como pretendeu se demonstrar no desenvolver deste trabalho, é possível observar impressões decisivas das teorias econômicas no chamado Direito da Concorrência. Essas contribuições foram relevantes tanto na comunidade acadêmica, como nos Tribunais Federais (no modelo americano) e Agências de Regulação (mais pertinente ao modelo brasileiro).

Ao debruçarmos sob o embate ideológico das Escolas tradicionais da *LAW & ECONOMICS*, pode-se concluir que ambas, Harvard e Chicago, não foram capazes de fornecer modelos completos e acabados de intervenção econômica do Estado. Pode-se afirmar que tanto a Escola de Harvard como a Escola de Chicago não podiam se excluir mutuamente, ou definir individualmente, as diretrizes da política antitruste. Isso porque, sob a abordagem da Escola de Harvard, privilegia-se apenas a estrutura e aplicação de regras *per se*, deste modo, produz-se uma política antitruste que desestimula práticas que poderiam ser pró-competitivas. Por outro lado, a Escola de Chicago estimulou um empirismo exacerbado, muito complexo e oneroso para Estado, que por vezes sequer é possível de se alcançar.

Sendo assim, é importante ter em mente a complementariedade que essas duas Escolas podem apresentar, pois, em que pese estarem em pólos opostos de um debate

¹⁰⁵ Informações sobre o preço da cerveja retiradas do site <http://www.beerlife.com.br>; acesso em fevereiro de 2013.

complexo, por meio de uma análise crítica, é possível construir uma terceira linha teórica decorrente do diálogo dessas duas escolas.

Utilizando-me das palavras constantes do guia de análise de atos de concentração, deve-se ter em mente que a defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Sendo assim, o objetivo final é proporcionar um ambiente em que os indivíduos possam desfrutar de um nível máximo de bem-estar econômico.

Nesse contexto, não é possível definir, em princípio, se concentrações econômicas afetam positiva ou negativamente o bem-estar econômico. Para saber qual o efeito de um ato de concentração, é acertada a escolha do SBDC harmonizada com a legislação da defesa da concorrência, pela necessidade do estudo pormenorizado de cada caso.

Pode-se constatar ainda, que principalmente, a Escola de Chicago teve profundas influências no direito da concorrência brasileiro, conforme pretendeu se comprovar pela escolha do estudo do caso AMBEV, que revelou a tendência do estudo empírico na análise de atos de concentração, caso em que o SBDC foi extremamente flexível ao se utilizar da regra da razão, aceitando que perdas de concorrência podem ser compensadas pelo ganho de eficiências. Em decorrência deste método de análises empíricas, é possível constatar uma aproximação entre os operadores do direito e os economistas, como tentou se demonstrar, afirmando-se, inclusive, que este ambiente tecnocrático se revela mais flexível para o diálogo das ciências.

Em última análise, pode-se pontuar de modo crítico que as análises do SBDC, por outro lado, ainda estão marcadas por uma certa imprevisibilidade, já que dependem de resultados empíricos, por vezes muito complicados de serem obtidos e dispendiosos. Portanto, é oportuno dar destaque para o movimento Pós Chicago, que critica a eficiência alocativa como objetivo último da política de defesa da concorrência. Sob essa nova abordagem, pretende-se sugerir um deslocamento no eixo da política concorrencial, isso porque esta nova abordagem permite inferir que o objetivo da legislação antitruste seja a proteção dos consumidores contra transferências de renda decorrentes do abuso do poder econômico.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. (Colección El derecho y la justicia.) - p. 157.

ALMEIDA, Fábio P. L. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para Uma Teoria Hermenêutica Democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 493-516, jul-dez. 2008. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/ez54.periodicos.capes.gov.br>

Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York, 1978

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. 2013. "A Regulação da Concorrência" The Selected Works of carlos ragazzo; disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20; acesso em fevereiro de 2013.

COLEMAN, Jules L. Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law. *Ethics*, p. 661-679, Jul. 1984

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3rd ed. Reading, Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p.3

Costa, Lucio. Brasília 57-85: do plano-piloto ao Plano Piloto. GDF/SVO/DAU : TERRACAP /DITEC, 1985

Donald A. Rennie, The New Zealand Accident Compensation Scheme, in *COMPENSATION FOR PERSONAL INJURY IN SWEDEN AND OTHER COUNTRIES* 143 (Carl Oldertz & Eva Tidefelt eds., 1988).

Donald F. Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 *HARV. L. REV.* 655, 663-73 (1962).

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Gustavino. Madri: Ariel, 1999, p. 390. Eleanor Fox, The Battle for the Soul of Antitrust, 75 *CAL. L. REV.* 917, 917 (1987).

FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967. p. 15-16. Frederick Schauer, Precedent, *Stanford Law Review*, 39, pp. 571-605 (588), 1987.

GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970)

Herbert Hovenkamp, Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, 2001 COLUM.

Herbert Hovenkamp, The Rationalization of Antitrust, 116 HARV. L. REV. 917, 920 (2003) p. 920¹

Jules L. Coleman, The Costs of The Costs of Accidents, 64 MD.L.REV. p.346(2005)

Marina Lao, Aspen Skiing and Trinko: Intent and “Sacrifice”, 73 ANTITRUST L.J. 171, 179 n.50 (2005)

Posner, Richard “Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, The University of Chicago Law Review, 59 (1992), pp. 433-450

Posner, Richard “Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, The University of Chicago Law Review, 59 (1992), pp. 433-450

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law.7: Harvard University, ed., New York: Aspen Publishers, 2007a. p. 26-27.

POSSAS, M.L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Política Antitruste: um Enfoque Schumpeteriano. Anais

ROGER D. BLAIR & DAVID L. KASERMAN, ANTITRUST ECONOMICS 205–06 (1985)

Schultz, Luis Fernando; A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/site/>; acesso em fevereiro de 2013

Thomas J. DiLorenzo, The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective, 5 INT’L REV. L. & ECON. 73, 74–76 (1985)

Thomas B. Leary; Erica S. Mintzer. New York University Journal of Law & Business;. Originally published in 4 NYU J. L. & BIIS. 303 (2007). Acesso em <http://www.ftc.gov/opp/workshops/>.